

TREBALL FINAL DE GRAU

**LA GESTIÓ DELS SERVEIS SOCIALS PER MITJÀ DE LA
CONTROVERTIDA FIGURA JURÍDICA DEL CONCERT SOCIAL**

MEMÒRIA

GRAU EN DRET

CURS 2017-18

Autor/a: Maria Domènech Casals

Tutor/a: Antonio Ezquerro Huerva

Data: 30/05/2018

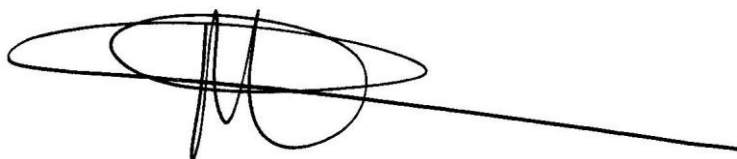
DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Declaro que sóc l'autor/autora d'aquest treball. El seu contingut és original i totes les fonts utilitzades han estat degudament citades sense incórrer en frau o plagi.

En cas contrari, conec i accepto les mesures disciplinàries o sancionadores que corresponguin d'acord amb la normativa aplicable.

Lleida, a Dimecres 30 de maig del 2018

Signatura:



*Agrair l'ajuda rebuda del meu tutor en la direcció del treball, Antonio Ezquerra i
l'atenció rebuda per l'Assumpta Fortuny, coordinadora de la Federació Allem.*

FDE

RESUM: La col·laboració amb les entitats privades en la gestió dels serveis socials presenta uns caràcters específics i singulars degut als atributs que caracteritzen aquesta classe de serveis. Tradicionalment la vinculació entre l'administració competent i el prestador del servei es formalitza per mitja d'un contracte, en concret, el concert. Faltarà veure si tal negoci jurídic és diferent al «concert social» dibuixat per les normatives autonòmiques en matèria de serveis socials el qual destaca, a banda de la incertitud sobre la seva naturalesa jurídica, per seu tracte a favor de les entitats sense ànim de lucre. Dit això, s'haurà de tenir present la nova Llei de Contractes del Sector Públic a fi d'examinar si s'adopten els canvis normatius introduïts per les Directives Comunitàries en matèria de serveis socials. En l'eventual hipòtesis d'una resposta negativa a l'afirmació anterior, caldrà estudiar l'adaptació del concert social al marc dibuixat per la normativa de contractació administrativa.

PARAULES CLAU: serveis socials, concert social, entitats sense ànim de lucre, contractes del sector públic.

ABSTRACT: The collaboration with private entities in social services manage has specifics and singular characters due to the attributes that characterize this class os services. Traditionally the link between competent administration and services provider is formalized by a contract, in particular, the agreement. It will be lacking to see if such a legal transaction is diferent form the «social agreement» drawn by the autonomous regulations in social services matter whom stand out, in spite of that the uncertainty about its legal nature, for its treatment in favor of nonprofit organizations. Having said that, must be taken into account the new Public Sector Contracts Law in order to examine whether the regulatory changes introduced by the Community Directives on social services matter. In the possible hypothesis of a negative answer to the previous statement, it will be necessary to study the adaptation of the social agreement to the framework drawn up to the públic procurement and concessions contracts regulation.

LLISTAT D'ABREVIATURES

ALCSP:	Avantprojecte de la Ley de Contratos del Sector Público -2015-
CCAA:	Comunitat Autònoma
CE:	Constitución Española.
CGSP:	Contrato de Gestión de Servicios Públicos
csd.:	Considerant
DC 23:	Directiva 2014/23/UE del Parlament europeu y del Consell de 26 de febre del 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió
DC 24:	Directiva 2014/24/UE del Parlament europeu y del Consell de 26 de febre del 2014, sobre contractació pública y per la que es deroga la Directiva 2004/18/CE
apt.:	Apartat
Ass.:	Assumpte
DLL:	Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació
LAASE:	Ley 17/2009, de 23 de novembre, sobre el libre acceso a las actividades de Servicios y su ejercicio.
LLSSAND:	Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.
LLSSAR:	LEY 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón.
LLSSAST:	Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias.
LLSSBAL:	Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears.
LLSSCAT:	Llei 12/2017, d'11 d'octubre, de serveis socials de Catalunya.
LLSSMU:	Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia
LLSSPB:	Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del Pais Vasco.
PLCSP:	Proyecto de Ley de la Ley de Contratos del Sector Público.
TACRC:	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TJUE:	Tribunal de Justicia
JCCA:	Junta Consultiva de Contractació Administrativa

SUMARI

1	INTRODUCCIÓ	7
2	EL MARC JURÍDIC DELS SERVEIS SOCIALS	10
2.1.	Concepte de serveis socials	10
2.2.	El repartiment competencial en matèria de serveis socials	13
2.3.	El Sistema Públic de Serveis Socials	16
2.4.	La iniciativa privada en el sistema de serveis socials	18
2.5.	La gestió del serveis socials i el Dret de la Unió Europea	21
3	LA GESTIÓ INDIRECTA. ELS CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC	22
3.1.	Les Directives de Contractació Pública	22
3.2.	El Concert i el Dret d'Explotació	26
3.3.	Les formules contractuals per la prestació de serveis socials	30
3.4.	L'adjudicació dels contractes de prestacions de serveis socials	34
4	EL CONCERT SOCIAL COM A FORMULA NO CONTRACTUAL	38
4.1.	Delimitació negativa de formules no contractuals	38
4.2.	Introducció en el Concert Social	42
4.3.	El règim de concertació social català	46
4.4.	El concert social com a autorització administrativa	61
5	EL CONCERT SOCIAL DE NATURALESA CONTRACTUAL DAVANT A LCSP	67
5.1.	Adaptació del concert social a les figures contractuals vigents	68
5.2.	El principi de concurrència i l'adjudicació directa	73
5.3.	Preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre	75
6	CONCLUSIONS	82
7	BIBLIOGRAFIA	88
8	ANNEXOS	91
8.1.	Annexos jurisprudencials	91
8.2.	Annexos documentals	143

1 INTRODUCCIÓ

Actualment es pot afirmar un model trimembre en la gestió dels serveis socials?

Del marc legal autonòmic en matèria de serveis socials es podria donar una resposta afirmativa a tal qüestió en tant que s'organitza per una banda per la tradicional *gestió indirecta* en el marc de la normativa de contractes del sector públic i per altra banda, el *concert social* amb una naturalesa jurídica no gaire esclarida ja que tant resulta qualificat de *naturalesa no contractual* com també de *modalitat diferenciada* de la figura contractual prevista en el TRLCSP. No obstant, destaca per l'especial tractament que dona a favor de les entitats sense ànim de lucre, no tant sols pel fet d'establir una preferència o reserva a favor d'elles, sinó també en quan a les condicions exigides en tant que troben reflex en les seves característiques específiques.

La Federació Allem, que és una agrupació d'entitats socials sense ànim de lucre¹. que té per objecte la provisió de serveis de suport de qualitat a les persones en situació de vulnerabilitat, prestació adequada a la seves necessitats i capacitats, des de la proximitat al seu entorn social. Ella és qui formula la necessitat de preveure en l'ordenament jurídic una figura que impliqui una flexibilització de les regles de la contractació en tant que el fet d'estar presidida per la concurrència, els criteris de l'oferta econòmicament més avantatjosa etc, elements que no s'adapten ni a les característiques d'aquesta classe d'entitat ni tampoc dels serveis objecte del contracte. No es fonamenten en va en tant que el marc legal de la UE en matèria de contractació pública possibilita aquesta adaptació tant per la previsió d'un règim específic en la matèria dins del sector de la gestió indirecta com també per reconèixer la possibilitat de gestió per mitja de formules no contractuals. Marc que construeix la UE des del *principi de llibertat d'administració de les autoritats públiques*.

S'introdueix el concert social a Catalunya amb l'aprovació del *Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública*, previst en la DA 3^o i qualificat com a figura de naturalesa no contractual; sent així com es construeix aquest

¹ Les entitats sòcies de la federació tenen molts anys d'experiència en la matèria i tan mateix estan constantment incorporant innovacions i noves prestacions en les seves tasques.

model trimembre. Llavors per tal d'abordar la seva naturalesa jurídica, és a dir, afirmar o negar aquest model trimembre i com s'adaptarà la realitat jurídica a les demandes formulades per les entitats sense afany de lucre, en primer lloc, prèvia contextualització del marc jurídic del serveis socials a Catalunya el qual s'estructura i s'organitza a través del Sistema Públic de Serveis Socials, coordinat i integrat per la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública, s'aborda el marc normatiu de la contractació del sector públic.

El motiu pel qual es centra el cos del treball en la gestió indirecta, com a primer punt, rau en el fet de que el *concert* tradicionalment ha estat una modalitat del Contracte de Gestió de Serveis Públics. Figura que ha estat suprimida amb la aprovació de nova *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*. Si que és cert que no preveu la norma el concert, la qual es limita a ordenar que tota referència al CGSP, en la mesura que sigui possible, s'entendrà fet a l'actual concessió de serveis, però tampoc l'exclou del seu àmbit d'aplicació en tant que es limita a excloure l'obvi, les formules no contractuals.

Donat que el marc jurídic espanyol no dona resposta a qüestió, en segon lloc, s'estudia l'estructura del concert social com a formula no contractual d'acord amb el DLL el qual preveu una preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre. Dit això, com que la norma catalana esta pendent de desenvolupament, a fi de fer-se una imatge fidedigna de la seva estructura jurídica, es completa el concerta social català per mitja de dos models, l'acció concertada aragonesa i el concert social balear. S'afirma que el concert social no és ni un contracte públic, ni una subvenció sinó una autorització administració caracteritzada per una adjudicació directa basat en l'arrelament de la persona usuària, tenint com a contraprestació, el reemborsament de les despeses per la prestació del servei, sense incloure, el benefici industrial. Caldrà veure si es pot o no confirmar des de la vessant jurídica tal afirmació.

Finalment en funció de la resposta obtinguda serà necessari estudiar el tractament a favor de les entitats sense ànim de lucre, si realment pot haver tal preferència o reserva

ja que tant si és una figura no contractual com un contracte públic, tals figures, tenen en comú, el principi de publicitat, transparència, igualtat i no discriminació.

Així doncs, aquestes pàgines pretenent posar de relleu les demandes d'una part molt important dels proveïdors del serveis socials i per tal de donar-li resposta, les comunitats autònomes han adoptat un mateix mecanisme però caracteritzats i qualificat al gust de cadascú degut a la manca d'un marc comú i específic per als serveis socials. El concert social plasma aquesta resposta i neix per la jurisprudència del la UE i posteriorment per la plasmació d'aquesta a les directives de contractació pública.

FIDE

2 EL MARC JURÍDIC DELS SERVEIS SOCIALS

2.1. Concepte de serveis socials

Abans d'entrar en el règim jurídic dels serveis social es convenient delimitar el concepte jurídic de Serveis socials en el marc de la contractació pública ja que és un sector que també és objecte d'estudi per les ciències socials per tant resulta convenient delimitar-lo jurídicament per enforçar-lo dins de la matèria de contractes públics.

Les CCAA assumeixen la competència en matèria d'acció social però allò que legitima a les respectives administracions assumir la seva l'activitat prestacional és el concepte jurídic de «*servei públic*». Aquesta noció en el Dret continental constitueix l'eix vertebrador de l'activitat dels poders públics², és a dir, tota aquella activitat el compliment de la qual ha de ser regulada, assegurada i controlada pels «governants» en tant que és indispensable la seva realització i compliment³. Quan apareix aquets concepte, en el context en que neix, en els inicis del Estat Social, era necessari davant la debilitat de la societat que aquestes activitat fossin assegurades de forma completa per la intervenció del poders públics o governants en tant que eren aquesta fortlesa front la debilitat. No obstant, un cop construït l'estat social, per fer front al seu manteniment i havent la responsabilitat pública de garantir la prestació, serà necessari comptar amb la participació privada⁴ (l'estat passar adoptar el paper de garant o de regulador, deixant la tradicional idea de prestador) i per això es trasllada el concepte de servei públic a l'àmbit contractual en tant que serà una de les modalitats de gestió d'aquests a més de la gestió directa protagonitzada per la pròpia administració. Dit això, els serveis públics que venen a satisfer les necessitats dels usuaris, sota els principis de continuïtat, regularitat, accessibilitat, assequibilitat, i igualtat de tracte prohibint tota discriminació.

Ara bé, per conceptualitzar els serveis socials no només es pot fer referència a la vessant de servei públic ja que no compren tot allò propi de l'acció social. En aquest àmbit s'ha de tenir en compte la garantia de la cohesió social i de la integració en base

² Jordano de Pozas classifica l'activitat de l'administració en tres: serveis públics, policia, i foment (POZAS, 1949)

³ Dictamen 1116/2015 del Consell d'Estat sobre l'Avantprojecte de la Llei de Contractes del Sector Públic

⁴ (PEIRO BAQUEDANO, 2007)

al principi de solidaritat a fi de tutelar els drets fonamentals de la Dignitat i la Integritat de la persona. La Llei catalana de serveis socials, en l'exposició de motius, defineix els serveis socials com el *conjunt d'intervencions que tenen com a objectiu garantir les necessitats bàsiques dels ciutadans, posant atenció en el manteniment de llur autonomia personal i promovent el desenvolupament de les capacitats personals, en un marc de respecte per la dignitat de les persones*. En aquest mateix sentit la Comissió Europea en la Comunicació del 2006 reconeix que aquests serveis desenvolupen un lloc específic com a pilar de la societat per la seva contribució a objectius i valor essencials de la Comunitat com és la cohesió social i caràcter de les necessitats vitals que satisfan, garantint l'aplicació dels drets fonamentals com la dignitat i integritat de la persona. En la mateixa comunicació estableix un llistat de les característiques organitzatives que presenten els serveis socials, als qual integra en la categoria de serveis d'interès general⁵:

- *funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;*
- *carácter polivalente y personalizado que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;*
- *ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;*
- *participación de voluntarios y benévolos, expresión de una capacidad ciudadana;*
- *integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;*
- *relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.*

⁵ *Resolució n°1224/2017 TACRC* en la qual és delimita el concepte de serveis socials a efectes de contractació pública i cita el llistat de principis de la COM 2006 de la Comissió a la qual li atorga un *valor eminentemente interpretativo*. La pròpia Comissió concreta que aquests principis són extrets a partir d'una consulta als Estat Membres i a les organitzacions de la societat civil via enquestes.

Amb tot això s'obté que el tradicional concepte objectiu de servei públic s'amplia amb la vessant funcional d'aquests, d'identificar-los com un servei públic entès per la finalitat social o assistència a satisfer que es pot gestionar directa o indirectament per l'Administració pública titular o competent, tenint en compte el protagonisme que presenta la iniciativa social en aquets àmbit caracteritzada per l'absència d'ànim de lucre. I és sobre aquest concepte ampli funcional⁶ dels serveis socials que el Dret Comunitari treballa per classificar-los dins dels serveis d'interès general.⁷ Són catalogats com serveis socials d'interès general però faltaria determinar si tenen caràcter econòmic o no, classificació determinat ja que DC 24 (csd. 6) exclou els serveis no econòmics d'interès general. En aquest sentit, fruit de la jurisprudència del TJUE, aquelles *activitats merament assistencials* no constitueixen activitat econòmica a efectes de Art. 85 i 86, les quals estan dirigides estrictament a la protecció social de la persona, famílies o grups vulnerables, amb independència de la forma de gestió (directa o indirecta) i finançades per fons públics. Per contra seran activitat econòmica totes aquelles prestacions de bens i serveis que impliquin entrar al joc de l'oferta amb les regles del mercat a fi d'obtenir una contraprestació per la prestació del servei, sent indiferent de la contraprestació és abonada pel beneficiari o usuari del servei (Comissió del TJUE en la STJUE C-352/85).

Els Serveis Socials d'interès general tot i no estar exclosos de les Directives de Contractació pública, aquestes reconeixen que degut a les seves característiques específiques organitzatives manquen de dimensió transfronterera⁸, per aquest motiu, reconeixent la llibertat dels estats membres alhora d'organitzar els serveis socials, tant dins del marc contractual com no contractual, configurant un règim específic de licitació per aquells casos en que aquests poden tenir rellevància en prestadors d'altres Estats Membres.

En conclusió, són prestacions de serveis que duen a terme missions d'interès general prestats directament a les persones i és caracteritzen no per una liberalització del sector sinó per un ampli marge de maniobra alhora de constituir el sistema poden ser optar per

⁶ (ALVAREZ FERNANDEZ, 2015)

⁷ La Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social en l'Art. 4.i) qualifica les prestacions socials- sanitàries d'activitats d'interès general.

⁸ Reconegut en el csd. 114 DC 24, csd 53 DC 23 i també en Resolució nº1224/2017 TACRC

la gestió directa, indirecta en el marc de la contrastació pública i la gestió via formules no contractuals. En opinió, són prestacions que es defineix sobre els principis de solidaritat, responsabilitat pública i social i proximitat.

- *Principi de solidaritat* ja que són serveis caracteritzats per la manca o quasi inexistència d'afany de lucre ja que estan destinats principalment a l'assistència d'aquells que es troben en un estat de necessitat.⁹ Tenen per finalitat assegurar el dret de les persones a viure amb una qualitat digna, proporcionar benestar social i això s'assoleix per mitja dels diferents tipus de prestacions.

- *Principi de responsabilitat pública i social.* Responsabilitat pública en el sentit de que l'Estat ha de garantir el principi d'universalitat, la disponibilitat, la continuïtat i la qualitat dels serveis, desenvolupant actuacions d'avaluació, de control i d'inspecció dels mateixos. I social ja que han d'assumir la responsabilitat de les seves actuacions i decisions, han d'adoptar un comportament ètic, transparent respectant els drets fonamentals del usuaris dels serveis¹⁰.

- *Principi de proximitat* ja que és presten en un context proper a l'entorn personal, familiar del usuari, sovint protagonitzat per les pròpies famílies i on té relleu importància l'elecció de la persona. Això ve relacionat amb la manca de transcendència transfronterera d'aquests serveis.

2.2. El repartiment competencial en matèria de serveis socials

Per acabar de comprendre el context del serveis socials cal conceptualitzar-lo dins del territori espanyol tenint en compte la distribució competencial definida per la norma suprema en els articles 148 i 149 CE i per l'assumpció de les matèries pels respectius Estatus d'Autonomia.

L'Estat és configurat ja en el primer precepte de la Constitució com un Estat social i Democràtic de Dret. No obstant, aquest caràcter no només recau sobre l'Estat central

⁹ STJUE Sodemare (29) *Annex Jurisprudencial 8.1.1.* També en aquets sentit veiem que la majoria de Lleis de serveis socials autonòmiques incorporen al concepte de *serveis socials*

¹⁰ LLSSAND reconeix ja la responsabilitat social en l'Art 25 lletra g) i en el *Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.*

sinó també sobre l'estat autonòmic constituït en el Títol VIII, per tant, les Comunitats Autònomes també han d'expressar aquest caràcter social i democràtic propi del Estat de Dret. L'Estat social és un concepte propi de la cultura política alemanya (*Sozialstaat*), present per primer cop en la Constitució de Weimar (1919), que estableix un model d'Estat que garanteixi als ciutadans els denominats drets socials compenchant un conducta activa als poders públics del Estat (Art. 9 CE), però, aquest manament genèric «*poderes públicos*» no s'ha de constrènyer només sobre l'Estat central sinó que també influeix sobre les CCAA, per tant, aquests per mitja del reconeixement legislatiu han d'adoptar polítiques de protecció social, de protecció a la infantesa, a la vellesa, front a les malalties, la desocupació etc. es a dir, la seva actuació ha d'estar informada en tot moment pels principis rectoris de política social i econòmica (Art. 53.3).

Per a tal manament s'utilitzen instruments com educació, sanitat, seguretat social i l'assistència social. Això necessàriament s'ha de posar en context amb la distribució competencial que fa la norma suprema ja que implica diferents titulars sobre aquestes matèries; s'ha de tenir en compte que les CCAA han assumit competències sobre aquestes matèries ens els seus respectius Estatuts d'Autonomia¹¹.

La Constitució opta per descentralitzar totalment la matèria d'assistència social ja que estava pensada com un remi per aquelles situacions excepcionals i d'escassa rellevància, alienes al mercat, totalment residuals, per tant, la necessitat de control des del centre és menor que en altres matèries com Seguretat Social. Això rau del context preconstitucional¹² i el paper que adoptava la Seguretat Social, ara bé, aquest aspecte

¹¹ En la matèria d'Assistència social, concretament, les CCAA, terminològicament, han optat per recollir-la en el moment d'assumpció de competències per les tècniques pròpies de la matèria: Andalusia i Catalunya (*Serveis socials, voluntarietat, menors, i promoció de les famílies*) i Illes Balears (*Acció i benestar social, Desenvolupament comunitari i inetregació, Voluntariat social*) mentre que el País Basc manté el terme *assistència social*. Probablement la diferència es deu al la diferència d'època en que van ser redactats els ja que País Basc no ha modificat el seu Estatut d'Autonomia i data del 1980. Fent un comparativa de les mateixes comunitats en les normes autonòmiques anteriors Catalunya (1979) i Balears (1999) parlen d'*assistència social* i Andalusia (1982) en aquest cas, *assistència i serveis socials*. La nova generació de normes estatutàries adopta una posició més pràctica i incideix sobre les tècniques de la matèria.

¹² Durant el franquisme la seguretat social era la protagonista ja que es centrava en un sistema de pensions i d'assistència sanitària, que es va concebre en un període de desenvolupament econòmic des de una perspectiva paternalista a fi d'evitar conflictes socials indesitjats (CUDOLÀ, 2012). Per contra l'assistència social es fonamentava, igual que la beneficència, en la subordinació de la insuficiència de recursos del assistit i el càrter complementari d'aquestes prestacions respecte les reconegudes en el marc de la seguretat social. (GAVÍN, 2003)

no es correspon amb que ha anat adquirint en les últimes dècades, sobretot per la incidència de l'acció comunitària.¹³ L'Assistència social és configura com una matèria amplia que compren una protecció social externa a la Seguretat Social i una de les seves tècniques, d'acord amb aquesta concepció, són els Serveis socials¹⁴. Des de aquesta perspectiva amplia ALVAREZ FERNANDEZ M la defineix com aquell conjunt de prestacions que tenen per objecte l'assistència de ciutadans en situació de vulnerabilitat però també els concep des de la vessant estricta, en concret, els serveis socials els qual inclou dins de la institució de servei públic caracteritzant-los pel fort protagonisme que presenta en aquest sector els particulars i en concret fa referència a les entitats sense ànim de lucre.

Pel que fa en matèria sanitària i educació com també de prestacions s'havia perfilat un sistema universal de prestacions garantides, i mancava en els serveis socials (el quart pilar del Estat social). Davant d'aquest panorama les CCAA havien de superar la concepció merament assistencial i avançar cap a una configuració de drets subjectius en matèria de serveis socials. Cada comunitat aprova un llei general en matèria de serveis socials emparada amb la seva competència exclusiva en matèria. Cal destacar que es pot diferenciar dues generacions de legislacions autonòmiques, una primera que situa entre els vuitanta i els principis dels noranta en la qual es defineix i consolida un sistema de serveis socials. La segona generació de lleis aprovades durant els anys dos mil incorporen les millores en aquest sector, com seria la inclusió d'un catàleg de prestacions desenvolupat a través de la cartera de serveis. En aquestes noves normes els legisladors autonòmics incideixen en els drets subjectius de les prestacions i la seva exigibilitat.

Com no podria ser d'altra forma en la nova generació d'Estatuts d'Autonomia, en matèria de serveis socials, s'inclou en ells el catàleg de drets socials donant continuïtat amb aquells ja recollits en la normativa autonòmica. No obstant, aquesta inclusió en la normativa estatutària va ser objecte de crítica per gran part de la doctrina constitucionalista en tant que ho concebent com una « *Los Estatutos de Autonomía*

¹³ COM(2010) 2020 final, de 3 de marzo de 2010, «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

¹⁴ (RAYO, 2003)

vinculan a los poderes públicos, por lo que introducir las declaraciones de derechos en ellos supone establecer límites materiales a la actuación de aquéllos; y, por lo que se refiere específicamente al legislador, supone acotar el ámbito de la regla de la decisión por mayorías o, si se prefiere, definir el terreno del proceso político democrática ». Ara bé, altres defensen que aquestes declaracions de drets en virtut del propi automanament de la norma estatutària ni poden limitar o reduir els drets fonamentals recollits en la Constitució i Tractats internacionals, ni tampoc ho pretenen; són drets, deures i principis que només vinculen als poders públics autonòmics i en conseqüència només es poden fer valer davant d'ells¹⁵.

2.3. El Sistema Públic de Serveis Socials

El Serveis Socials persegueixen donar cobertura a les necessitats personals bàsiques sent les de subsistència i qualitat de vida; i les necessitats socials, els quals repercuteixen en l'autonomia personal i el suport de la dependència, millor qualitat en vida familiar, de grup, interpersonals i socials i en el benestar de la col·lectivitat. En la satisfacció d'aquestes necessitats intervenen diferents actors, en primer lloc bé la pròpia persona o bé la seva família, a través de mitjans propis¹⁶; quan aquets primer nivell resulta insuficient, la seva atenció ve complementada per la societat civil per mitja d'entitat i associacions tant sense ànim de lucre com amb ànim de lucre. No obstant, la intenció de la iniciativa privada canvia quan els poders públics assumeixen la responsabilitat de vetllar per aquestes necessitats en tant esdevé col·laboradora en la prestació de serveis públics.

Les lleis autonòmiques reguladores de serveis socials creen amb la finalitat d'atorgar un estructura i organització a aquest conglomerat de serveis públics el «*sistema públic de serveis socials*¹⁷». En concret va ser configurat per les primeres lleis generals reguladores dels serveis socials, aprovades durant els anys 80 i principis dels 90. Aquesta idea de «sistema» pretenia donar resposta a la manca de coherència i

¹⁵ (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, 2007)

¹⁶ Aquesta idea l'introdueix la Comissió en el COM(2006) 177 final sobre *Aplicación del programa comunitario de Lisboa Servicios sociales de interés general en la Unión Europea* i la desenvolupa (VILLAR ROJAS, 2013)

¹⁷ Els sistemes de serveis socials inclou prestacions tècniques, econòmiques i materials, classificant-se en garantides i no garantides.

d'organització que presentaven les accions socials¹⁸ configurant els principis generals que informaran el sistema, l'organització territorial i funcional, la gestió del finançament i la col·laboració privada. Un cop configurat aquest sistema, la normativa successora d'aquelles, adoptades a partir dels anys 2000, incorporen innovacions, com per exemple, el Catàleg de prestacions i la cartera de serveis. El *catàleg*, previst en la mateixa llei, s'integra dins del sistema de serveis socials i consisteix en un llistat de prestacions. La *cartera* la qual té caràcter instrumental en tant que clarifica i concreta via reglament les prestacions genèricament citades en la llei com garantides i no garantides¹⁹.

Actualment l'estructura del Sistema s'acompanya amb el *principi general de responsabilitat pública*²⁰ que s'ha d'entendre com el deure dels poders públics de garantir l'accés, la disponibilitat i la continuïtat de la prestació dels serveis socials a través d'un finançament públic, amb la finalitat de donar resposta a les necessitats socials vetllant per assolir la integració social, l'autonomia de les persones i el benestar social. Aquest principi no s'ha d'entendre com el tradicional règim monopolístic en la prestació dels serveis sinó en el sentit de que l'Administració responsable ha de garantir determinades prestacions però la gestió d'aquestes prestacions pot existir i així és, amb plena concurrència amb el sector privat el qual s'integra dins del Sistema Públic de Serveis Socials a través mecanismes que determina la normativa i sempre sota la supervisió de l'Administració responsable. En aquest sentit la Comissió Europea destaca que en àrea de modernitzar els serveis socials, els diferent Estat Membres coincideixen en l'externalització del àmbit públic cap al privat i esdevenen *guardians d'una competència regulada*²¹. Tanmateix, sense implicar això l'establiment d'un règim monopolístic, en ús de la seva potestat, l'Administració autonòmica es pot

¹⁸ Aquesta idea es plasma en el preàmbul de la LSSPB: *La primera Ley sobre Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobada el 20 de mayo de 1982, dotó a este ámbito de actuación de una coherencia organizativa de la que carecía, y tuvo la inestimable virtud de imprimir a la gestión política y administrativa de estos servicios una concepción decididamente moderna. Con visión de futuro, supo introducir además principios fundamentales de actuación que todavía hoy constituyen las líneas básicas del cuerpo normativo en esta materia.* En aquest mateix sentit també es pronuncien el preàmbul de la LLSSCAT LLSSBALi la LLSSAND

¹⁹ En l'annex de LLSSCAT es troba el catàleg en el qual es recull el llistat el qual serà la base per a desenvolupar la Cartera de Serveis Socials, regulada en el Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de Serveis Socials 2010-2011.

²⁰ Per exemple l'art 5 lletra c) LLSSCAT, l'Art 5 LLSPB i L'Art 2.5 LLSSAND.

²¹ COM(2006) 177 final sobre la «Aplicación del programa comunitario de Lisboa Servicios sociales de interés general en la Unión Europea».

reserva la gestió de determinades prestacions²². En conseqüència formen part del Sistema Públic de Serveis Socials el conjunt de recursos, prestacions, activitats etc. de titularitat de l'administració pública i també aquells concertats o contractats amb entitats del sector privat. Ara bé, aquest sistema és coordina i s'organitza a través de la *xarxa* o de la *red de serveis social*, que d'ella en formen part els centres i serveis socials acreditats per l'Administració competent²³. D'aquestes línies es destaca que la introducció de la iniciativa privada en el Sistema de serveis socials està condicionada al compliment de certs requisits.

2.4. La iniciativa privada en el sistema de serveis socials

Expressament les diferents lleis de serveis afirmen la llibertat d'iniciativa privada en la prestació de serveis socials però aquesta activitat prestacional està sotmesa al compliment d'un conjunt de requisits que responen a dos fonaments a) la seguretat i b) la qualitat, que tenen per finalitat protegir els bens jurídics que es puguin veure afectats. Doncs bé, en aquesta idea, les diferents normatives de serveis socials preveuen per a la seva incorporació un triple nivell: a) obtenció de l'autorització administrativa i inscripció registral i b) obtenció de l'acreditació o homologació i c) establir la vinculació amb l'administració competent²⁴.

En primer lloc resulta imprescindible tant per crear centres com per a prestar serveis socials l'obtenció del títol administratiu habilitant previ a la posada en funcionament. En relació l'autorització cal tenir en compte que les prestacions de serveis socials en tant que són serveis estan subjectes a la Directiva de serveis 2006/123/CE, llevat determinats serveis socials que expressament s'exclouen en l'Art 2.2 la Directiva, com ara, l'habitatge social. Aquesta norma limita el ús de l'autorització degut a que és un mecanisme *ex ante* en tant que constitueix un obstacle a la lliure prestació de serveis ja que com molt bé el defineix el legislador autonòmic faculta a una entitat, *després de comprovar* si reuneix els requeriments establerts per la normativa aplicable a prestar un

²²A mode d'exemple, si que la preveuen en l'Art. 7 a) LLSPPB, l'Art 44 LSSAND i la LLSSCAT en el preàmbul «cal reservar al sector públic (...) la gestió directa de determinats serveis»

²³ Art 15.2 LLSSCAT i 11.2 LLSSBAL

²⁴ (EZQUERRA HUERVA, 2016)

serveis social²⁵. Dit això l'adopció d'aquesta tècnica s'admet per aquells casos en que davant d'una *raó imperiosa d'interès general* el seu objecte no es pot assolir per mitja d'una mesura menys restrictiva, com serien la comunicació prèvia i la declaració responsable, en termes objectius, proporcionals i no discriminatoris²⁶. La seguretat, la salut pública, la protecció dels destinataris dels serveis són les *raons* que justificarien l'adopció d'aquesta tècnica, tal i com plasma la Llei de Serveis Socials d'Andalusia²⁷. Donat el caràcter obert que caracteritza el concepte *raons imperioses de interès general* el qual resulta concretat per la jurisprudència del Tribunal de Justícia²⁸, la Comissió Europea considera d'acord amb el dictat pel tribunal que «*los objetivos en materia de política social constituyen razones imperiosas de interés general que pueden justificar la aplicación de medidas destinadas a regular el mercado, como la obligación de disponer de una autorización para prestar un servicio sociales*»²⁹.

Seguint amb la idea exposada fins ara quan no es donen les condicions que justificarien la previsió d'aquesta tècnica només es requereix posar en coneixement a l'Administració fets o elements relatius a la prestació de serveis socials. La normativa autonòmica va en aquesta línia i supòsits com la construcció d'establiments destinats a la prestació de serveis socials és suficient amb el règim de comunicació o declaració responsable³⁰ mentre que és manté l'autorització administrativa de funcionament³¹. Un cop obtinguda una o presentada l'altra, amb caràcter general, d'ofici³² es practica la inscripció en el registre corresponen. La inscripció és merament declarativa, en efecte, no confereix cap més drets més enllà de la constància de les dades. De tota manera esdevé un requisit per l'ens privat per poder prestar aquests serveis, tant si és per compte de l'administració (via concertació, contractació o conveni) o com si és per

²⁵ Art 2.1 Decret català 205/2015, de 15 de setembre, del règim d'autorització administrativa i de comunicació prèvia dels serveis socials i del Registre d'Entitats, Serveis i Establiments Socials

²⁶ Art 9.1 i 10.2 Directiva de Serveis

²⁷ Article 83 LLSSAND

²⁸ Constantment ho recorda la Directiva de Serveis: csd 40, 56, Art 4. 8).

²⁹ COM(2006)177 de la Comissió sobre *Serveis Socials d'interès general en la Unió Europea*.

³⁰ La comunicació prèvia l'adopta el legislador d'Andalusia i el català, per exemple, mentre que el legislador de Illes Balears opta per la declaració responsable.

³¹ L'Art. 5 Decret català 205/2015; Art 35. Decret 10/2013, de 28 de febrer, pel qual es fixen els principis generals del Registre Unificat de Serveis Socials de les Illes Balears i dels procediments per a l'autorització i l'acreditació de serveis socials (...); Art. 79 LLSSPB i Decreto 40/1998 de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco

³² En la majoria de lleis autonòmiques opera d'ofici per aquell que és titular del centre o servei que ha obtingut l'autorització.

compte propi i per accedir al règim de subvencions o ajudes públiques³³. Aquest és un instrument que permet coordinar i ordenar els diferents centres, serveis i entitats prestadores de serveis.

En efecte, en segon lloc per la incorporació al *sistema públic de serveis socials* i de retruc formar part de la xarxa pública, el subjecte privat³⁴ està supeditat a l'obtenció de l'*acreditació*³⁵ o *homologació*³⁶ la qual acredita la idoneïtat per a duu a terme les seves funcions com a part del *sistema*, atent en tot cas a criteris de qualitat superior als exigits per l'obtenció de l'autorització i que s'exigeixen en funció de les característiques del servei a prestar. Aquesta qualitat es verificarà fins i tot en l'ocupació de personal professional. Nogensmenys, la seva obtenció no concedeix el dret a exigir la prestació de serveis socials a compte de l'administració sinó que requereixen posterior formalització del vincle d'unió entre el públic i el privat.

Abans d'entrar amb la vinculació, cal tenir en compte que en l'àmbit de serveis socials la llibertat de incitativa privada presenta dues modalitats en el sentit de que pot ser exercida per entitats d'iniciativa social i per entitats d'iniciativa mercantil. La Llei catalana de serveis socials, entre altres, engloba en el concepte d'entitats socials les *fundacions, les associacions, cooperatives, organitzacions de voluntariat i altres entitats i institucions sense ànim de lucre que aconsegueixen activitats de serveis socials*. Així doncs, es consideren entitats d'iniciativa mercantil *les persones jurídiques i altres entitats privades amb ànim de lucre que aconsegueixen activitats de serveis socials i que adopten qualsevol forma societària reconeguda per la legislació*. Doncs bé, les diferents lleis alhora de regular la col·laboració amb el sector privat donen preferència a la iniciativa social. Sense ànim d'exhaustivitat la exposició de motius de la llei catalana reconeix el *paper essencial* que han desenvolupat aquestes en la creació

³³ Art. 53 LLSPB; Art. 86 LLSSAND per a subscriure subvencions, ajudes, contractes; Art. 22.3 *Decret balear 10/2013*, i Art. 17.3 *Decret català 205/2015*, només subvencions i ajudes

³⁴ Cal destacar que hi ha casos en que l'acreditació també és demana als centres i serveis de titularitat pública, per exemple, LLSSAND, Art 24. Projecte de decret Art 50 *Decret balear 10/2013* i *Decret català 205/2015* només a privats

³⁵ Art 70 LLSSCAT, Art 84 LLSSAND i també *Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación administrativas de los servicios y centros de servicios sociales y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales* projecte de decret; Art 34 i 35 *Decret balear 10/2013*.

³⁶ Art 59.2 LLSPB i 29 a 37 *Decret basc 40/1998*.

del model de serveis socials i de l'*extensa xarxa que posen a l'abast* de les persones usuàries del serveis.

2.5. La gestió del serveis socials i el Dret de la Unió Europea

Un cop formada, de manera esquemàtica, l'estructura del Serveis Socials, ens endinsem en la mecànica de la gestió d'aquest serveis la qual necessàriament s'ha d'unir amb la idea ja introduïda, la «vinculació» del subjecte privat amb l'administració. La col·laboració privada³⁷ en la prestació de serveis socials està configurada normativament amb caràcter general respecte la gestió directa en règim Dret Públic, per dos principis, *subsidiarietat* del privat respecte la xarxa de centres públics i *complementarietat*, sobretot en aquells llocs on es reconeix insuficiència estructural³⁸. Però un dels altres factors característics, és la *preferència* a favor de les entitats d'iniciativa social sobre la mercantil (Art. 75 4 LLSSCAT).

D'acord amb la Llei de Serveis Social de Catalunya, l'administració pública competent en la matèria en la seva activitat prestacional podrà gestionar els serveis socials per mitja de les següents formules: a) *gestió directa*, b) *gestió indirecta en el marc de la normativa de contractació del sector públic* i c) *el conveni de col·laboració amb les entitats sense ànim de lucre*. Juntament aquestes tres s'hi ha d'adherir dues formules més previstes en el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública, les qual es qualifiquen negativament com a formules no contractual: a) *el concert social* i b) *la gestió delegada*³⁹.

Això implica que el concert, figura que fins ara tenia naturalesa contractual com a modalitat del CGSP esdevé en virtut d'una normativa autonòmica no contractual, deixant de ser una figura que no té la consideració de gestió indirecta. Amb aquesta mateix línia es troba el Llei 11/2016 d'Aragó, de 17 de maig, sobre acció concertada per la prestació a les persones de serveis de caràcter social i sanitari. D'altra banda, el País Basc i les Illes Balear, entre altres, qualifiquen el concert social de naturalesa

³⁷ Per col·laboració privada s'entén l'encàrrec a una entitat privada acreditada la provisió de prestacions socials de responsabilitat pública.

³⁸ Art. 5 a) LLLSSAST i exposició de motius de la LLSSMU.

³⁹ Aquesta previsió s'adopta en la Disposició addicional tercera del Decret Llei i fonamenta la seva adopció amb el csd. sèptim DC 24 i la csd. sisena de la DC 23, en relació amb l'Art 14 TFUE i el seu Protocol núm. 26.

contractual però com una *modalitat diferenciada* de la prevista en la normativa de contractació del sector públic. No es pot negar que es crea un dubte sobre si *modalitat diferenciada* vol dir «diferent de» o es refereix a un varietat dins de la mateixa espècie, és a dir, sent un règim específic dins del genèric concert social.⁴⁰

Com veiem la normativa autonòmica tendeix a substituir el tradicional *model dualista* – gestió directa i indirecta- per un *model trimembre* - gestió directa, indirecta i concert social- el qual es caracteritza per una preferència o inclús reserva a favor de les entitats sense ànim de lucre. A més de que, permeten l'expressió, *juguem* amb una figura que tradicionalment s'ha qualificat com contractes públics, concretament, com una modalitat del CGSP. Per poder afirmar aquesta substitució es necessari examinar si el Concert Social és una fórmula no contractual, i amb ell, la seva naturalesa jurídica.

3 LA GESTIÓ INDIRECTA. ELS CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

3.1. Les Directives de Contractació Pública

Com es sabut la matèria de Contractes Públics es troba harmonitzada a nivell europeu precisament per donar compliment als principis del mercat interior en aquesta matèria. Els contractes públics representen un element molt important en l'economia dels Estats ja que permeten una millor distribució dels recursos econòmics i un ús més racional dels fons públics però abans de la normativa comunitària tan sols un 2% d'aquests contractes eren adjudicats a operadors econòmics d'altres Estats Membres. Llavors a fi d'assolir l'efectiu compliment dels principis bàsics del mercat interior (en concret, la llibertat de prestació de serveis i d'establiment i la llibertat de competència) garantint que els prestadors d'altres estats membres puguin competir en igualtat de condicions davant els nacionals en la licitació del contracte, les institucions europees opten per aproximar les legislacions adoptant mesures harmonitzadores. Les Directives en aquesta matèria han sigut objecte de successives modificacions i concretament al

⁴⁰ Dictamen 58/2018, de 7 de febre, del Consell Consultiu d'Andalusia

2014 el Parlament i el Consell europeu van aprovar un nou paquet de directives, conegudes com les *directives de quarta generació*⁴¹.

Com a novetats, i concretament, als efectes que ens interessa, aquestes directives en matèria de serveis socials adopten un règim jurídic específics que neix per una banda per la incidència de les polítiques socials en el Dret de la UE⁴² i per la jurisprudència del TJUE sobre aquesta matèria. En la Comunicació de la Comissió europea del 2006 es reconeixen les característiques especials que presenten aquest serveis i assumeix la necessitat de modernitzar el règim als serveis socials a fi de donar continuïtat i agilitat en el compliment de les missions de cohesió socials exigint garanties d'universalitat, de qualitat i d'eficàcia pressupostaria.

Doncs bé, es concreten, en la DC 24, que els Estats Membres tot i haver de coordinar la normatives en matèria de contractes públics, això no obsta la seva llibertat d'organitzar la prestació de serveis socials (csd. 6) i això inclou prestar-los ells mateixos o bé organitzar-los *sense la necessitat de celebrar contractes públics* (csd.114), com per exemple, finançant aquests serveis o articular la concessió de llicències o autoritzacions quan els operadors econòmics compleixen les condicions prèviament fixades i requerides. Aquesta llibertat s'obra encara més amb l'exclusió expressa del *serveis no econòmics de interès general*; en conseqüència aquelles prestacions de serveis socials que tenen un funció estrictament de caràcter social, basades en el principi de solidaritat, i són finançades a càrrec dels fons públics, no constitueixen activitat econòmica a efecte del Dret de la Competència⁴³. Això implica que en la prestació, en l'encàrrec i en l'organització d'aquestes prestacions no tenen la obligació d'aplicar les normes TFUE (Art.2 Protocol nº 26).

⁴¹ Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (amb la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE); la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrer del 2014, relativa a la contractació per entitats que operen en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals (amb la qual es deroga la Directiva 2004/17/CE); (Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a la adjudicació de contractes de concessió)

⁴² A destacar la Carta de Drets Fonamentals de la UE la qual reconeix el Dret d'accés a les prestacions de seguretat social i de serveis socials; el títol X del TFUE sobre política social i accions socials i també a consideració dels serveis socials com serveis de interès general. Dictamen 58/2018, de 7 febre del Consell Consultiu d'Andalusia.

⁴³ SSTJUE, de 22 de maig del 2003, (Ass. C-355/00) «FRESKOT AE» i de 22 de gener del 2002, (Ass.C-218/00) «CISAL and INAIL».

El legislador europeu inclou els serveis socials d'interès general dins del concepte de *serveis a les persones* juntament amb els serveis sanitaris i educatiu. A banda de poder gestionar la prestació d'aquests serveis a través de *negoci jurídic de naturalesa no contractual*, els quals resten sotmesos al compliment dels principis de publicitat, transparència i no discriminació, la DC 24, en seu de contractes públics, flexibilitza el seu règim contractual la qual cosa es justifica en que *«dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro debido a las diferentes tradiciones culturales»* i ressalten per tenir una *«dimensión transfronteriza limitada»* per la qual cosa s'eleva l'umbral relatiu als serveis socials fins a 750.00 EUR (Art 4 d)). En conseqüència només resultarà aplicable aquest nou règim quan el valor estimat del contracte sigui superior aquell o bé presentin interès transfronterer efectiu.

Com veurem s'adopta un règim molt llibre, que es pot qualificar inclús com a «normes de mínims» que es concreta en el sotmetiment a les regles de publicitat i transparència (Art. 75 DC24) en tant que es reconeix un gran marge de maniobra als estats alhora d'elegir el procediment d'adjudicació a fi de poder garantir *«la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación»* (Art 76 DC 24). Tal és que l'Art 77 DC 24 preveu la possibilitat de reservar la participació en el procediment d'adjudicació a determinades organitzacions en aquells contractes de serveis socials, culturals i de la salut que expressament contempla l'articulat, així doncs, es preveu la possibilitat d'adjudicar de forma directa un contracte a determinades organitzacions quan aquestes presenten determinades característiques i com ja es veurà aquesta reserva afavoreix o esta pensada per les entitats d'iniciativa social.

En el mateix sentit, en seu de concessions, també es reconeix que *«Dada la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, los Estados miembros deben disponer de amplia discrecionalidad para seleccionar a los prestadores de los servicios de la manera que consideren más apropiada»*. (csd. 54 DC23)

En suma, les Directives assumeixen que degut a les particularitats d'aquests serveis, els Estats han de poder establir un regim específic per a la seva prestació, observant en tot cas els principis fonamentals de transparència i d'igualtat de tracte de cara a fomentar la màxima concurrència. L'eficiència els serveis prestats directament a la persona s'ha de contextualitzar en l'àmbit concret de les prestacions tenint en compte les seves característiques específiques. Donat que aquestes prestacions basques constitueixen el «nucli» del Estat Social, ha d'haver una adaptació de les regles de la contractació per tant l'eficiència no pot interpretar-se exclusivament en termes econòmics sinó s'ha de vincular a la garantia de qualitat. Formulació admesa per la jurisprudència del TJUE. No obstant, això s'ha d'adaptar al sistema autonòmic espanyol ja que s'ha de tenir en consideració l'àmbit competencial per què tot i que les CCAA assumeixen en els respectius Estatuts d'Autonomia la competència en matèria d'assistència social, l'Estat central té competència en matèria de contractes públics i concessions el qual és l'encarregat de transposar la normativa europea al nostre ordenament jurídic (Art 96 CE), per tant serà necessari veure com el legislador espanyol ha transposat aquest règim específic contractual previst per als serveis socials.

Abans però seria necessari fer una breu referència a la competència en matèria de contractes i concessions administratives (Art. 149.1.18° CE) a fi de poder entendre l'abast de les comunitats alhora de legislar sobre aquesta matèria.

L'Estat en virtut del Art. 149.1.18° té competència exclusiva legislativa bàsica en matèria de contracte i concessions administratives i en el marc del mateix precepte les comunitats autònomes poden assumir la competència de desenvolupament de la legislació bàsica estatal en matèria de contractes i concessions administratives. El problema apareix alhora d'interpretar el concepte *bàsic*, per a tal la Doctrina del Tribunal constitucional⁴⁴ ho delimita a partir de la concurrència de dos elements, *subjectiu* -qui contracta- *objectiu* -que contracta-, els quals determinaran les regles bàsiques del regim estatal sobre contractes públics i a partir d'aquests paràmetres el legislador autonòmic tindrà capacitat de desenvolupament.

⁴⁴ STC 84/2015, de 30 d'abril del 2015 FJ5, STC 237/2015 de 19 de novembre FJ2°. Per a una major concreció, se remet STC 84/2015, de 30 d'abril del 2015

D'acord amb l'element subjectiu, es considera materialment bàsic la igualtat dels licitadors i el seu tractament comú davant les administracions⁴⁵; el segon, l'element objectiu, formalment es considera bàsic el règim jurídic dels efectes, compliment i extinció dels contractes que permet la salvaguarda de les finalitats públiques. Per contra, les comunitats autònomes seran competents, un cop assumida⁴⁶, en tot aquells àmbits on no hi hagi pertorbació d'aquests principis bàsics (igualtat de tracte, l'accés etc.), per tant, totes aquelles prescripcions de detall o de procediment que poden ser substituïdes o modificades per regulacions autonòmiques complementaries. Vindrien a ser aquells aspectes més organitzatius que sempre tenen una dimensió interna. En síntesis la legislació bàsica té principalment per objectes, garantir la publicitat, la igualtat de tracte, la lliure concurrència i la seguretat jurídica garantint un tracte comú per part de les totes les Administracions públiques (STC 141/1993, 22 abril, FJ 5 i 162/200, de 29 d juliol, FJ4) Art 1 LCSP).

3.2. El Concert i el Dret d'Explotació.

La gestió indirecta dels Serveis Socials fins fa poc, en el TRLCSP, pivotava en torn al *contracte de gestió de serveis públics*⁴⁷, figura que podria adoptar diferents modalitats: a) concessió, b) gestió interessada, c) concert, d) societat d'economia mixta (Art. 277 TRLCSP). Com es pot veure el *concert* d'acord amb el TRLCSP és considera un contracte públic definit pel legislador estatal. No obstant, juntament aquest tipus contractual s'hi addicionava el *contracte de serveis*, el que presentava un règim més lax donat que l'element diferenciador entre una i altra figura girava en atenció al objecte del contracte, precisament, si consistia o no en un servei públic i en funció d'aquest es subscribia una o altra figura; per això donades les característiques pròpies dels serveis públics el seu règim era més exhaustiu. Anteriorment ja s'ha posat de relleu la centralitat que presenta el concepte *servei públic* en el Dret continental, i com es natural, aquest també tenia especial relleu en l'àmbit contractual però que com veure el seu paper, si més no, en aquest àmbit, ha canviat.

⁴⁵ STC 141/1993, de 22 abril FJ 5º, principis que es concreten i desenvolupen en l'Art 1.1 LCSP.

⁴⁶ Art. 159 Estatut d'Autonomia de Catalunya

⁴⁷ Forma contractual regulada en el *Real Decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP)*, en concret el seu règim específic és regulava en els Art. 275 a 289.

Tot i que el nostre ordenament jurídic preveia aquets esquema, aquest no tenia reflex en les Directives europees ja que tan sol es reconeix, en matèria de serveis: a) la concessió i b) el contracte públic de serveis. Únicament havia en comú que tant la concessió⁴⁸ com el CGSP no eren contractes harmonitzats mentre que el contracte de serveis si. A recordar que la DC 24 elevat el Umbral en 750.000€ (Art. 4 d) i csd.114) quan té per objecte la prestació de serveis socials. Doncs bé, davant d'aquets panorama el TJUE va haver de construir un criteri per a subsumir el CGSP en una de les dues figures contractuals i per aquets motius va haver de crear un criteri delimitador entre aquestes figures (la concessió i el contracte de serveis) el qual no sempre ha estat el mateix ja que en un primer moment es resolia en funció del tipus de remuneració del contractista (STJUE *Arnhem 1998*), i aquest criteri ha sigut superat per l'actual: la transmissió al contractista del risc d'explotació econòmic del servei, que actualment les Directives del 2014 el conceben com «*risc operacional*»⁴⁹. És un concepte fruit de la jurisprudència del TJUE que parteix de la idea de que la característica principal de la concessió és el *Dret d'explotació*, que és la contraprestació, i aquest ha de implicar necessàriament la transmissió al contractista del risc operacional; entès com l'aventuraria a la incertesa del mercat, és a dir, en el risc a enfrontar-se amb la competència d'altres operadors, el risc de desajust entre l'oferta i la demanda, el risc de la insolvència dels deutors i el risc de que els ingressos no cobreixin íntegrament les despeses d'explotació, de la no recuperació de les inversions (*STJUE RUUTTENGSDIENST: 2011*).

En conseqüència, aquest marc implica que quan no hi ha transmissió del risc operacional, no existeix concessió, sinó un contracte públic de serveis. Això xocava

⁴⁸ Amb les Directives de Quarta generació esdevenen contractes harmonitzats.

⁴⁹ Csd. 18 DC 23: *La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.*

amb la nostre criteri delimitador ja que hi havien concessions de serveis públics que degut a la naturalesa del objecte del contracte, no hi ha translació del risc operacional i que per tant des del punt de vista del Dret europeu eren considerants contractes de serveis. En aquest sentit, per a poder compatibilitzar aquells serveis públics on el risc operacional és més complicat trobar-lo, el TJUE matisa el seu criteri i no exigeix que la translació sigui total sinó que aquesta sigui significativa. Els Tribunals administratius de recursos contractual, tant a nivell estatal com autonòmic, apliquen aquesta doctrina a partir del 2014, requalificant aquells CGSP a contractes de serveis per no donar-se la transferència *significativa* del risc.

La primera novetat, a nivell visual, és la supressió (o «desaparició» tal i com sosté el legislador en la Exposició de Motius, prg.V apt. V) del contracte de gestió de serveis. S'ha de destacar la nul·la explicació per part del legislatiu d'aquesta eliminació en tant que només es limita a declarar en el preàmbul el següent: *«desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de Servicios»*. Tot i que el legislador no justifica el perquè de la «desaparició» la qual cosa hagués sigut recomanable, en opinió, es considera que rau del exposat anteriorment en el sentit de que el legislador plasmar la sistemàtica europea perquè en la direcció d'aquesta s'han tingut que qualificar les nostres figures contractuals que no estaven preconcebudes dins del límits dels del risc operacional, és a dir, es busca l'equivalència entre les dues normatives.

No obstant, hi ha part de la doctrina que opina que en sí la mesura no era necessària. D'acord amb aquesta posició, les Directives europees, com a norma, obliga en quan a resultats, en tant que la seva finalitat es preservar els principis bàsics en matèria de contractes públics – igualtat entre les parts, concurrència, transparència- com bé mostra el csd 2 DC 23 sobre les normes d'adjudicació i el csd 8 DC 23 el qual exigeix uns paràmetres comuns quan s'està per sobre d'uns valors però no imposa una equiparació del mitjans, justa al contrari, el considerant (5) DC 23 reconeix la llibertat d'organitzar, d'elegir les formes de gestió, de definir les característiques dels serveis que s'han de

prestar etc. En base això, hi ha autors com HERNÁNDEZ GONZALEZ F.L, que suggeria que enlloc de suprimir la figura del CGSP, tenint en compte la nostra tradició jurídica, la previsió de tres modalitats: a) un *contracte de serveis públics*, que seria aquell CGSP on el risc d'explotació el suportes l'administració contractant, b) la *concessió de serveis públics*, el qual es contraposa a l'anterior pel fet que el contractista és qui assumeix el risc operacional i c) el *concert* per fins socials, sanitaris i educatius el qual tindria un regim específic d'acord amb les seves especialitats.

Cal tenir en compte que és una supressió a nivell visual o de *iure*, per què el CGSP segueix existint de *facto*, en tant que és una espècie que «cohabita» entre les dues figures, ja que el seu règim es trasllada a l'actual concessió de serveis i la modalitat específica del contracte de serveis prevista en l'Art. 312 recull el seu règim específics per als serveis públics⁵⁰. A tenor d'aquesta *desaparició*, la DA 34^o ordena que tota referència que fa la LCSP a l'antic CGSP s'entén realitzada al contracte de concessió de serveis, en la mesura que s'adeqüi a ell.

Això significa que per una banda, les diverses modalitats que caracteritzaven la suprimida forma contractual (gestió interessada, concert i la societat d'economia mixta) s'hauran de reconduir en funció de si hi ha trasllat del risc o no a les dues formes contractuals vigents. Aquest solució no oferirà grans problema pel que fa a la tipificació de la gestió interessada⁵¹ i la societat d'economia mixta⁵² mentre que pel que fa al *concert* si que pot presentar una major dificultat. Aquesta modalitat consistia d'acord amb el concepte de l'Art. 277 c) en subscriure un contracte pública amb «*persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que*

⁵⁰ En aquesta afirmació cal remetre's a (GONZALES HERNANDEZ, 2016)

⁵¹ En la gestió interessada que es caracteritza per la participació de l'Administració i l'empresari en els resultats de l'explotació del servei (Art. 277 b) TRLCSP), és a dir, que comparteixen risc a canvi d'un renúncia en proporció al beneficis. D'acord amb la jurisprudència i els considerants 18 i 19 DC 23, una transferència parcial no desvirtualitza la naturalesa de la concessió sempre i quan, estigui delimitat el risc des del principi i no suposi, aquesta assumpció per part del poder adjudicador, un alleugeriment de la pèrdua d'ingressos i conseqüent no recuperació de les inversions, es a dir, que ha de ser significativa.

⁵² En virtut de la qual l'Administració, per ella mateixa o per mitja d'una entitat pública, en concurrència amb persones naturals o jurídiques (Art. 277 d) TRLCSP). Es diferencien dues fases a) la constitució de la societat mercantil amb concurrència del poder adjudicador i l'operador econòmic privat i b) l'adjudicació de la prestació de serveis, que per norma general implica aplicar dos règims totalment diferents però concretament la DA 29^o TRLCSP ordena que l'elecció del soci privat es farà d'acord amb les normes d'adjudicació del contracte, per tant, no presentarà inconvenients quan la selecció del soci privat es realitzi d'acord amb les normes d'adjudicació pròpies del contracte i aquestes es seleccionaran en funció de la translació del risc operacional.

constituyen el servicio público de que se trate», pactant amb el poder adjudicador les recursos que aportarà cadascuna de les parts.

En principi la disjuntiva és resoldrà en funció del trasllat del risc però s'ha de tenir en compte l'àmbit natural del concert que compren sector com educació, sanitat i els serveis socials. Són sectors on l'execució d'aquests contractes es fa a risc i ventura del contractista com tot contracte sotmès a la legislació de contractes públics (Art. 197 LCSP) però en els quals si resulta complicat que trobar casos en que el contractista assumeixi el risc d'explotació, aquesta exposició a la incertesa del mercat. Per exemple, Resolució nº 351/2016 del TACRC, en relació a un contracte de transport sanitari urbà per carretera per al trasllat de malats considera que falta aquets risc *especial*, diferent del comú dels contractes públics, en conseqüència, en aquets casos, molts cops s'haurà de recorre a la figura del contracte de serveis⁵³. Això justifica les modificacions introduïes en aqueta tipologia contractual en tant que s'havia de preveure un règim concret apte per les prestacions de serveis públics. Dit això, cal tenir en compte que no resulta un tema pacífic i que més endavant veurem.

3.3. Les formules contractuals per la prestació de serveis socials

En relació a les formules contractuals aplicables a la prestació de serveis socials, la LCSP plasma la sistemàtica de les directives presentant dues figures la concessió de serveis i el contracte de serveis les quals són definides per la LCSP i, destaquen per:

- *El contracte de concessió de serveis*, consisteix en l'encàrrec onerós en virtut del qual s'adjudica la gestió d'un servei, la prestació del qual és titular o competent l'administració, constituint la contrapartida bé el Dret d'explotació o bé aquest acompanyat d'un preu a percebre, podent provenir directament dels usuaris o l'administració competent (Art. 15)⁵⁴.

⁵³ A destacar la Resolució del TACRC nº 1111/2015 de 4 de desembre del 2015, el Tribunal exclou el com a criteri caracteritzador del concert la transferència del risc en tant que és un element inherent a la concessió del Art 227.a). La qüestió es resol amb el fet de si el contractista ja venia prestant el serveis en anàlogues condicions.

⁵⁴ Risc operacional definit en l'Art. 14 LCSP relacionat amb la concessió d'obra. Cal recordar el criteri que adoptava anteriorment la doctrina del TJUE es basava en *el tipus de remuneració*.

- *El contracte de serveis*, és una prestació de fer que pot tenir per objecte el desenvolupament d'una activitat o anar dirigida a obtenir un resultat diferent de l'obra o subministrament, incloïen aquells on s'obliga en l'execució de forma successiva i per preu unitari. Resta prohibit que l'objecte del contracte impliqui l'exercici d'autoritat inherent dels poders públics (Art.17).⁵⁵

En relació amb l'objecte del contracte, el fet d'abandonar el tradicional criteri de delimitació implica que les dues modalitats contractual poden contenir tant una prestació de «serveis públics» com una prestació de «serveis no públics». Donat el caràcter especial dels serveis públics la llei s'encarrega de preveure un règim específic quan aquests siguin l'objecte del contracte per cadascuna de les dues figures.

La *concessió de serveis* com que el seu objecte no és limita als serveis públics s'han adoptat normes específiques, com per exemple, concretar prèviament el règim jurídic aplicable, en el cas de serveis socials serà el previst en les diferents lleis autonòmiques, els aspectes econòmics, jurídics i administratius relatius a la prestació (el que coneixem com la «*publicatio*»). Tots aquests aspectes hauran de ser concretats també quan aquests siguin objecte del contracte de serveis. En els plecs es fixaran les condicions de prestació del servei, quan aquests es financen mitjançant copagament també la fixació de les tarifes, el requisit de capacitat i de solvència, tots aquests aspectes seran determinats en la LLSSCAT. En relació amb l'execució del contracte, l'administració manté la seva potestat de control, els seus «*poderes de policia*» a fi de garantir el bon funcionament del servei; el concessionari resta obligat a prestar el servei en continuïtat, garantir als usuaris l'ús d'un servei fins al punt que si el contracte finalitza aquest ha de seguir prestant fins que es formalitzi un contracte (Art. 288).

En contracte es podrà resoldre, a més de les causes generals del Art 211 (llevat la lletra d) i e)) per l'execució hipotecària; la demora de més de sis mesos per part de l'administració en l'entrega de la contraprestació o dels mitjans auxiliars que es va

⁵⁵ La definició del contracte de serveis és eminentement negativa, puesto que su concepto se delimita sobre la base de lo que no es, sin perjuicio de afirmar que el contenido de la prestación debe consistir en todo caso en una obligación de hacer. (Resolució TACRC n°331/2016 de 29 d'abril del 2016)

obligar a aportar en el contracte⁵⁶, el rescab i la supressió del servei per raons d'interès públic, i el segrest (Art. 296). Aquest últim s'adoptarà davant una *pertorbació greu i no reparable* del servei tant si es dona per causes alienes al concessionari com si és un causa imputable a ell, en aquest últim cas, si que serà aplicable el règim de penalitats previst en la l'Art 26, precepte el qual pertany al regim de la concessió d'obra, defineix aquest mecanisme, i també resulta aplicable a la concessió de serveis per remissió de l'Art. 293 LCSP. Quan finalitza el període de concessió, el servei reverteix a l'administració, els bens afectes no podran ser objecte d'embarg.

Val a dir que aquesta explicació general del règim de la concessió de serveis públic no es entesa exactament com s'ha exposat aquí ja que en determinats precepte, com per exemple, l'Art 287.2, expressament el legislador diu que només s'aplica en la concessió de serveis públics, en conseqüència, autors com JOSE LUIS MARTINEZ-ALONSO CAMPOS, sostenen que aquesta sistemàtica implica només s'aplica a les concessions de serveis públics aquelles prerrogatives que portament un manament exprés. En comú amb l'opinió del Autor, el més apropiat hagués adoptar configurar una concessió de serveis públics, el règim de la qual recordeu és una plasmació del CGSP, i excepcionar determinades prerrogatives quan la concessió tenia per objecte serveis no públics ja que sinó el sistema actual suposa imposar una disciplina molt contundent sobre aquestes prestacions de serveis i no aplicar el segrest, l'obligació de prestar el servei en continuïtat, l'obligació de mantenir la prestació quan es resol el contracte ni la inembargabilitat dels bens afectats a la concessió.

A fi de solucionar aquest mecanisme, donat que l'exposició de motius esclareix la necessitat de configurar un règim jurídic *comú* en la prestació de serveis públics i per aquest motiu l'Art 312 (relatiu al contracte de serveis) recull les especialitats del

⁵⁶ El legislador exclou la possibilitat de que les comunitats autònomes puguin reduir el termini pel qual es permet la resolució del contracte per la demora de l'administració. Val a dir, que la sistemàtica que adoptada pel legislador per a excloure aquesta possibilitat no és gaire coherent i pràctica ja que opta per excloure l'aplicació de la lletra e) del Art 211 i tornar a repetir la demora de 6 mesos. Més pràctic hagués estat preveure en el propi Art. 198.8 LCSP en seu de pagament de preu, que les CCAA no podran reduir el termini en la concessió de serveis i només preveure en l'Art 296 la demora en l'aportació dels mitjans auxiliars.

contracte de gestió de serveis públics relatives al «*régimen sustantivo de servicios públicos*» i que aquestes normes són *comú* amb la concessió de serveis públics. Doncs bé, fent una interpretació sistemàtica o aplicant l'analogia es podria resoldre, aplicant en aquets supòsits aquests règims. Igualment per donar una cobertura òptima als serveis públics es poden fer constar aquestes prerrogatives de manera expressa en el plec de clàusules administratives particulars ja que es on fixen les condicions de prestació del servei (Art 285.1 i 122 LCSP) considerant-se part integrant del contracte i d'aquesta manera el contractista les podria conèixer prèviament a la licitació del contracte o l'adjudicació (en cas de no existir) salvant-se de qualsevol futura impugnació.

Pel que fa al *contracte de servei*, anteriorment ja s'ha posat de manifest, aquesta modalitat augmenta les seves competències en comparació amb el paper que presentava en el TRLCSP degut a que és la figura fastiguejada per aquelles prestacions de serveis públics en les quals no hi ha translació del risc operacional, com per exemple, els serveis socials. Com que en el seu origen no està previst que aquesta modalitat tingues per objecte serveis d'aquestes característiques, s'ha vist la necessitat d'adoptar un règim concret per a ells que es troba en l'Art. 312 «*Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía*».⁵⁷

La pròpia exposició de motius constata que en ell es plasmen *normes específiques del antic contracte de gestió de serveis públics* per quan el contracte tingui per objecte la prestacions de serveis públics, malgrat aquesta intenció del legislador, no hi ha cap referència en el propi precepte aquest serveis⁵⁸. L'exposició de motius explica que la raó de la seva tipificació rau d'una de les «*características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se denominan contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*». S'està davant d'un concepte jurídic indeterminat – *prestacions*

⁵⁷ Aquets precepte tal i com va ser adoptat en el ALCSP va ser una diana fàcil per les crítiques, per aquest motiu en el PLCSP es modificat dràsticament i la modificació és la tipificació de l'actual precepte. A títol d'exemple, el seu antecedent el qual es tipificava com «*Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*», hi ha autors que el consideraven més encertat. Tot i això, en l'ALCSP tampoc es preveia res sobre la inembargabilitat del bens i el segrest del servei, bàsicament es feia constar el manteniment del poder de policia per part de l'Administració.

⁵⁸ De fet només es concreta en la pròpia exposició de motius «*contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio*».

directament a la ciutadania- que es refereix aquelles prestacions que es caracteritzen per una relació directa entre el contractista i l'usuari del servei ara bé, en la concreció d'aquest terme, s'inclouen prestacions que no es relacionen amb la voluntat del legislador i això, en si reproduceix un problema similar al de la concessió, en tant que s'ha construït un règim específic per als serveis públics que resulta imperativament aplicable als *serveis no públics prestat directament a la ciutadania*, degut a la inexistència de referència al servei públic en el precepte.

En concret, s'adopta un règim similar al descrit en la concessió amb anterioritat per tant es preveu l'obligació de prestar el servei en continuïtat, garantir el dret d'ús en les condicions especificades, un bon ordre del servi, indemnitzar els danys causats a tercers, llevat que siguin imputables a l'administració; la inembargabilitat del bens, el segrest, l'activitat de policia. A destacar la lletra f) del precepte estableix amb caràcter general que la prestació dels serveis s'efectuarà en dependències o instal·lacions del contractista i quan no sigui possible el personal de l'empresa contractista s'haurà de separar no compartint espais i llocs de treball del personal de l'administració, aquesta última es refereix a supòsits com ara contractes de serveis de vigilància i seguretat del edifici. Una de les deficiències que presenta aquets règim i que molt bé posa de relleu el MARTINEZ-ALONSO CAMPOS és com es pot explicar que en aquesta modalitat contractual no estigui exceptonat el Dret de Suspensió a favor del contractista davant la demora de quatre mesos de pagament (198.5 i 208 LCSP). De nou una altra anomalia en tant que en la concessió de serveis si s'impedeix el seu exercici (Art 286 LCSP).

3.4. L'adjudicació dels contractes de prestacions de serveis socials.

Alhora de configurar el iter procedimental en la contractació de prestacions de serveis socials s'ha de tenir en compte les característiques bàsiques i essencials d'aquests serveis: a) funcionament sobre la base del principi de solidaritat, b) caràcter polivalent i personalitzat de les prestacions, c) amb caràcter general absència d'ànim de lucre, d) participació voluntària, e) proximitat entre els prestadors dels serveis i del usuaris del serveis i f) relació asimètrica entre proveïdor i consumidor. (comunicat comissió)

Alhora d'iniciar el procediment de contractació donada l'adopció del criteri del *risc operacional* és necessari que abans de tramitar l'expedient es dugui a terme un estudi econòmic previ, i la llei ho plasma amb *l'estudi de viabilitat i l'estudi de viabilitat econòmica-financera* (Art. 285.2 LCSP), a fi de concretar com assumeix el concessionari el risc operacional, d'acord amb l'Art. 14.4 LCSP, quan no està garantit ni la recuperació de les inversions ni cobrir els costos en que incorrerà, tenint en compte que ha de suposar una exposició real a la incertesa del mercat. L'estudi de viabilitat, aplicant supletòriament la regulació prevista en l'Art 247 LCSP, previst per la concessió d'obres, determinat que com mínim ha de contenir anàlisis, informes o estudis que indiquin els aspectes com el valor actual net de totalitat de les inversions, els costos i els ingressos a efectes de l'avaluació del risc operacional, i també valorar l'existència d'una possible ajuda d'estat la qual ha de ser compatible amb la normativa europea. Se li reconeix caràcter vinculant en els supòsits en que s'estimin la inviabilitat de la concessió i l'administració adjudicadora a de sotmetre aquest estudi a informació pública. Sembla que un bon mecanisme per a la confecció d'aquests estudi seria realitzar per part del òrgan de contractació les *consultes preliminars del mercat* (Art. 115 deriva del Art. 40 DC 24) a tercers que poden ser experts, autoritats independents, col·legis professionals o operadors econòmics en actiu en el mercat.

Un cop esclarit si concorre o no translació al concessionari del risc operacional en els termes exigits, es confecciona l'expedient de contractació el qual ha de contenir el PCAP, la justificació de l'elecció del procediment de licitació, els criteris de solvència, el valor estimat del contracte etc. (Art. 116.4) que això implicarà determinar si estarà o no subjecte a regulació harmonitzada (Art. 22.1 c)). Pel que fa la part procedimental, en aquest àmbit, s'apostaria per optar bé pel procediment restringit o bé pel procediment negociat amb publicitat en tant que són dos procediments d'adjudicació que permeten atendre i valorar les especialitats d'aquests, tal i com ordena l'Art. 76.1 DC 24, i garantir els principis de transparència i d'igualtat de tracte. De fet, en la regulació dels respectius procediments, els legislador d'un forma no gaire ortodoxa concreta l'adjudicació del contractes de serveis socials aquests.

Són procediments que s'estructura per dues fases, un primera fase que s'inicia amb la presentació de sol·licituds en resposta a la convocatòria de licitació. Aquestes

sol·licituds tenen per objecte acreditar via *declaració responsable* (Art. 140 b)) el compliment dels criteris objectius de solvència exigits en les condicions establertes en els plecs prèviament fixats. En concret el *procediment restringit* permet fer una millor valoració dels criteris de solvència, concretament en matèria social i de prestacions de serveis de proximitat seran requisits tècnics o professionals l'experiència, els coneixements i els mitjans (Art, 90.3 LCSP), per tant, es permet valorar l'experiència com a criteri de selecció per a posteriorment formular les invitacions per a la futura presentació d'ofertes. Pel que fa el *procediment negociat amb publicitat* permet amb la prèvia inclusió en el plecs de clàusules administratives particulars d'aspectes tècnics i econòmics, que siguin objecte de negociació entre els diferents candidats seleccionats i també en el plec és descriuran ja, entre altres extrems, les característiques exigides per al servei i els elements de la prestació que seran requisits mínims que hauran de complir totes les ofertes. Per mitja de la negociació de la oferta es permet preservar d'una forma més optima el criteri de millor relació qualitat-preu.

Ara cal veure com s'apliquen aquest procediment en relació amb els serveis socials ja que per imperatiu del Dret de la Unió s'han de preservar les especialitats d'aquests serveis però sempre garantint el principi de publicitat i la igualtat de tracte. Ara bé, cal tenir en compte que només estan exclosos del àmbit de les directives els serveis no econòmics de interès general. En conseqüència, quan els serveis socials d'interès general són gestionats de forma indirecta, bé per mitja de la concessió de serveis o bé per mitja de contracte públic de serveis, en funció del valor del contracte, estaran subjectes a les Directives de Contractació Pública.

Els legisladors diferencia dos casos: la *concessió de serveis especials* (Art. 131.1) i *el contracte de serveis socials personalíssims* (Art. 167.f). En relació a la primera, per remissió del Art. 131.2 té per objecte els serveis enumerats en l'Annex IV, justament aquest precepte determina per la seva adjudicació el *procediment restringit*. Donat que aquesta es preveu en àmbits propis dels contractes subjectes a regulació harmonitzada, en concret, l'Art 22.1.C) que determina el valor al qual queden subjectes les prestacions de serveis socials i d'altres serveis del Annex IV i l'Art. 135 que regula l'anunci previ, concretament, l'apartat 5 i la DA 36º l'exigeixen per donar publicitat a la convocatòria de licitació, preveient per aquest casos un període de publicació superior als 12 mesos

(Art. 134.6). Es genera el dubte de sí només es preveu aquesta configuració en les concessions sotmeses al dret europeu ja que en altres àmbits, no es concreta res. A més de que això suposa no poder acudir al procediment negociat podent arribar a contravenir allò exigint per les directives, tenir en compte les *especialitats dels serveis*, ja que en funció del objecte de contracte serà més idoni tramitar-ho pel procediment negociat amb publicitat o bé inclús via diàleg competitiu.

Precisament amb aquesta idea, en atenció a les característiques pròpies del servei, es permet usar tant el procediment negociat amb publicitat (Art.167 f)) com el diàleg competitiu (Art 172.3) en els *contracte de serveis socials personalíssims* i en aquest cas s'entén que es pot emprar també quan aquest té un valor superior als 750.000€ ja que l'Art 76.1 DC 24 confereix la competència als Estats Membres per determinat el procediment d'adjudicació i també, en aquest cas, la convocatòria de licitació es podrà anunciar tant per anunci de informació prèvia com per anunci de licitació d'acord amb l'Art. 75.1 DC 24. No obstant, se'n plantegen dues qüestions sobre aquest, en primer lloc, que s'entén per «*serveis socials personalíssim*» i en segon lloc per què només es preveu per aquests serveis.

En relació amb la primera qüestió, tenint en compte quin seran objecte de la concessió de serveis especials, a *sensu contrari*, seran els serveis socials que no estan contemplats en l'Annex IV. Afirmació, que a més de ser contradictòria, no soluciona la qüestió sinó es limita a reformular-la però amb diferents mots. Dit això, el legislador en la lletra f) del Art. 167 ordena que una de les característiques determinats ha de ser «*el arraigo de la persona en el entorno de atención social*» i ha de tenir per objecte el contracte dota de «*continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio*». En opinió, aquets concepte s'ha d'omplir amb allò previst per la normativa autonòmica en matèria de serveis socials donat que ell és el competent per a regular aquesta matèria, ara bé, des del àmbit contractual el legislador espanyol configura els aspectes bàsics relacionats amb la tramitació de l'adjudicació i determina que només podran acudir aquests dos procediments quan es donen aquest dos extrems. No obstant, el legislador espanyol va més enllà de la seva competència ja que uneix aquests serveis personalíssims al caràcter d'arrelament i pot donar-se que la normativa autonòmica no ho vegi així. Comentar que no té gaire sentit exigir «el arraigo» del

beneficiari i que no siguin nous usuaris ja que es pot donar l'arrelament i ser nou usuari i això implicaria tenir vedada la porta aquests procediments. Finalment, en relació amb la segona premissa però que té continuïtat en el fins ara exposat, tenint en compte que la competència en matèria de serveis socials és exclusivament autonòmic sembla que delimitar-ho en un àmbit concret dels serveis no és competència del Estat sinó que correspondrà a les comunitats quan aquestes desenvolupin la llei.

4 EL CONCERT SOCIAL COM A FORMULA NO CONTRACTUAL

4.1. Delimitació negativa de formules no contractuals

De manera esquemàtica s'han exposat les dues formules contractuals que es preveuen actualment, en conseqüència, amb la llei a la mà, quan l'administració titular del servei decideix gestionar la seva prestació col·laborant amb el sector privat via gestió indirecta, aquesta vinculació només podrà ser subscripta sota un contracte de concessió de serveis o un contracte de serveis en funció de qui assumeix el risc operacional. No obstant, com ja s'ha introduït, les noves directives de contractació obren la porta a la gestió del serveis de les persones, entre ells, els serveis socials d'interès general, a les *formules no contractuals* en tant que els Estats membres en ares de les competències que mantenen són lliures per organitzar la prestació dels serveis socials.

Aquest alleugeriment s'ha de traslladar al nostre sistema d'organització competencial ja que per una banda les CCAA tenen competència en exclusiva sobre els serveis socials mentre que l'Estat la té sobre la legislació bàsica en matèria de contractes públics i concessions. En aquest sentit, la pròpia LCSP en la DAº 49º reconeix que són les CCAA les competents per a desenvolupar legislativament instruments no contractuals per la prestació de serveis públics destinats a satisfer necessitats de caràcter social. I com no podria ser d'altra forma, l'Art. 11.6 LCSP exclou de l'àmbit d'aplicació aquelles pretacions de serveis socials realitzades per entitats privades quan es duen a terme «*sín la necesidad de celebrar contrato público, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder*

adjudicado». Tot i així aquest sistema no contractual ha de continuar garantint, per exigències europees, una publicitat suficient, transparència i no discriminació.

En si aquests preceptes no esclareixen absolutament res sinó que ve a reproduir allò prefigurat per la CE en els Art. 148 i 149, però no esclareix quina naturalesa jurídica té el concert social i tampoc poc especifica quin tipus d'entitat privada pot concorre a la prestació per mitja de formules no contractuals. De fet, tal i com es configurat en la DC 24 no resulta gens fàcil articular la provisió d'aquests serveis sense la necessitat de celebrar un contracte ja que en primer lloc els serveis socials no estan exclosos de les directives de contractes públics, és més, s'introdueix per primer cop un sistema que s'adapta a les seves característiques, i en segon lloc, els dos exemples que exposa, subvenció i autorització, són dos instruments que no són propis de l'activitat prestacional de l'administració pública.

El Decret Llei català qualifica el *concert social* com una formula no contractual llavors si es trasllada aquesta figura al Art. 11.6 LCSP tampoc esclareix res sobre la seva naturalesa, donat que el es dedueix és que el concert social quedarà exclòs de LCSP quan no sigui un contracte públic. El problema està en quina és la naturalesa dels concerts social en tant que no és suficient dir que el concert social «*no és un contracte públic sinó que és un altra cosa*», falta resoldre el interrogant sobre que la seva naturalesa jurídica. El TJUE s'ha encarregat de perfilar els contorns del contracte p públic, per tant, serà necessari que es neguin tot els elements definidors que excloguin la naturalesa contractual ja que sinó implicaria afirmar que es suficient en canviar el *nomes iuris* del negoci per a excloure'l de la normativa. Cal recordar que *los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes*⁵⁹.

A fi de poder delimitar el concepte, es prendrà com a punt de referència la institució del «contracte públic» destacant els punts centrals i a partir d'aquí delimitar els elements característics del concert socials els quals fonamenten l'eventual naturalesa no contractual. Als efectes de la DC 24 s'entén per contracte públic «*los contratos*

⁵⁹ Resolució n°331/2016 TACRC, de 29 d'abril del 2006.

onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de Servicios». Entenen per *poder adjudicador* l'Estat, les autoritats regionals o locals, els organismes de Dret públic o les associacions formades per un o varis d'aquests poders o organismes de Dret públic (Art. 2.1.1º); i per *operador econòmic*, que s'ha d'entendre de manera ampla, com aquelles persones físiques o jurídiques, entitat pública o agrupacions d'aquestes tant, que ofereixen en el mercat l'execució de obres, prestació de serveis o subministrament de productes (Art. 2.1.10º). Per tant, és operador econòmic tota entitat que executa obra o servei amb independència de l'entitat de que es tracti, tant si persegueix afany de lucre o no, manqui d'estructura empresarial o no⁶⁰, de si opera sistemàticament en el mercat o si sol intervé amb caràcter ocasional, o si esta o no subvencionada amb fons públics⁶¹.

En la definició anterior sobre el concepte de contracte públic es fa referència al «contracte oneros» que es basa en la idea: *intercambio de prestaciones entre el poder adjudicador, que paga un precio, y el adjudicatario, que, a cambio de ese precio se compromete a realizar trabajos u obras o a prestar servicios*⁶². No obstant, s'ha de tenir en compte que un dels elements essencials d'aquest concepte és el naixement d'obligacions jurídicament vinculants de *naturalesa sinal·lagmàtica*, en el sentit de cadascuna es causa de l'altra. En conseqüència el contracte públic té per objecte l'adquisició del servei a canvi d'un preu cert per part del poder adjudicador. Precisament això és el que coneixem com *contractació*, terme el qual es troba per primer cop definit en la DC 24 en el csd. 4 i Art. 1.2, com l'*adquisició per mitja d'un contracte públic, d'una obra, subministrament o servei per un poder adjudicador amb independència de si aquest servei està destinat o no a un fi públic*. Sent necessari per aquesta adquisició, la qual es pot realitzar per mitja d'una compra-venda, arrendament o altres fórmules contractuals, el *desemborsament de fons públics*. Ara bé, només són objecte de la DC 24 les adquisicions de serveis finançades via fons públics subscrites via contracte públic i no per mitja d'altres mecanismes com per exemple, subvencions. Conseqüentment per haver caràcter oneros implica necessàriament que l'entitat

⁶⁰ STJUE de 19 de desembre del 2012 (Ass. C-159/11) «*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*»

⁶¹ STJUE de 23 de desembre del 2009 (Ass. C-305/08) «*CoNISMa*»

⁶² Tal i com exposa Advocat General MENGOSZI. P en les seves conclusions referents al *Cas Remondis GmbH* de 30 de juny del 2016

adjudicadora ha de fer us dels seus propis fons de manera directa o indirectament⁶³. Per tant, no deixa de ser contracte públic pel simple fet de que la retribució es limiti al reemborsament de les despeses suportades per la prestació del servei pactat⁶⁴.

És un negoci bilateral on l'adquisició del servei que no només comporta beneficis a l'entitat adjudicadora ja que es presta un servei a compte seu sense perdre la titularitat o competència sinó també per als usuaris dels serveis. En aquest sentit, l'operador econòmic juga amb la certesa de que el contractista no podrà desvitalitzar allò pactat prèviament ja que no disposa el poder adjudicador en el marc de contractes públics facultats discrecionals.

Per exigències europees en la celebració de contractes públics els Estats membres han de respectar els principis fonamentals del TFUE, en concret, la lliure circulació de mercaderies, la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, així com, els principis que es deriven d'aquestes llibertats, com són, el principi d'igualtat de tracte i no discriminació, el principi de reconeixement mutu, el principi de proporcionalitat i el principi de transparència. Per tant a fi d'assegurar la llibertat d'accés a les licitacions, la concurrència en igualtat d'oportunitats, tant en aquells contractes que tenen transcendència transfronterera com no, s'ha d'articular un procediment de selecció⁶⁵ de l'oferta que dura a terme el poder adjudicador entre les ofertes admeses.

D'acord amb el TJUE⁶⁶ i que troba la seva plasmació en el cdd. 4 DC 24, la selecció és un element intrínsecament vinculat al règim de contractes públics en tant que és una de les manifestacions del *principi de lliure concurrència*. Això, implica que amb caràcter general, en tot contracte públic s'ha de celebrar un procediment de selecció a fi de que l'adjudicatari final haguí estat escollit per la qualitat de la seva oferta, per tant,

⁶³ La financiación directa se produce cuando el poder adjudicador recurre a fondos públicos para pagar las obras o los servicios en cuestión; la financiación indirecta, cuando sufre un perjuicio económico como consecuencia del método de financiación de las obras o los Servicios. Conclusiones del Advocat General Jääskinen en el cas Comisión/España (Ass. C-306/08)

⁶⁴ STJUE de 19 de desembre del 2012 (Ass. C-159/11) «Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce»

⁶⁵ En les Conclusiones del Advocat General M. Campos Sánchez-Bordona en l'Ass. C-9/17 *Maria Trikkonen*, la selecció és el resultat de contrastar entre la capacitat i els mèrits de les ofertes dels diferents candidats; a dir que el important és l'adjudicació final per contrast o comparativa, no la selecció inicial en funció del caràcter personal del licitador.

⁶⁶ Conclusiones del Advocat General M. Campos Sánchez-Bordona (Ass. C-9/17) «*Maria Trikkonen*»

la selecció resulta vinculada al règim de contractació pública⁶⁷, tot i que hi ha casos en que la *concurrència* pot excepcionar-se. El fet de celebrar un negoci on tots els operadors econòmics interessats els quals prèviament complexen totes les condicions exigides, és a dir, que no s'adjudiqui a un operador en concret o a varis interessats en exclusiva i en exclusió de la resta, fa que el negoci no estigui sotmès a la directiva de contracte. És el que el csd 4 qualifica com el règim d'autoritzacions.

Com s'ha dit la selecció parteix de la base del principi de lliure de concurrència, però aquest resulta excepcionat tant per la DC 24 com també per la LCSP, quan es procedeix adjudicar aquell contracte via procediment negociat o bé diàleg competitiu, però en concret per la prestació de serveis s'admet la reserva directa a determinats prestadors privats. Això vol dir que no es suficient en negar que no concorre selecció en aquell procediment per afirmar que aquell negocia ja no té naturalesa contractual. Es necessari doncs, dirimir quan deixa haver caràcter onerós i sinal·lagmàtica en aquets negoci, és a dir, quan no s'està davant intercanvi de prestacions patrimonials.

Així doncs, contracte públic és aquell negocis jurídics de caràcter onerós i sinal·lagmàtic formal subscrit entre un operador econòmic, seleccionat en exclusiva i en exclusió de la resta de interessats, i un poder adjudicador, el qual no disposa de facultats discrecionals, que té per objecte l'adquisició d'un servei a canvi d'una contraprestació a favor del contractista, que pot limitar-se al reemborsament de les despeses suportades per la prestació del servei pactat. En conseqüència serà necessari determinar quina diferencia es dona entre aquest negocis jurídic i les formules de naturalesa no contractual ja que en principi s'hauria d'estar davant d'una esquema en el qual no es dones un intercanvi patrimonial de naturalesa sinal·lagmàtica.

4.2. Introducció en el Concert Social

El Concert Social introduït per mitja del DLL en la DA 3º el qual té per objecte regular la matèria de Contractes Públics, i sustenta la seva previsió en base a la facultat reconeguda en el csd 7 DC 24 a les Autoritats regionals per a establir, encarregar i finançar serveis d'interès econòmic general d'acord amb l'Art. 14 TFUE i el protocol 26º i el TUE (en els mateixos termes en el csd 6 DC 23). Cap plantejar objeccions

⁶⁷ STJUE FLAK PHARMA Assumppte C-410/14

sobre el fet de que l'executiu fonamentes la seva capacitat en aquest considerant en relació amb la seva adaptació als serveis socials.

Els serveis socials, juntament amb salut i educació, anomenats «serveis prestats directament a les persones» per la DC24, és qualifiquen com a serveis d'interès general sense entrar a concretar el seu caràcter econòmic o no però s'afirma que són serveis que és caracteritzen per no estar subjectes a les normes de mercat, és a dir, no solen presentar caràcter econòmic ja que les prestacions de serveis que tenen per objecte la cobertura de les necessitats bàsiques i essencials de la població el seu fonament no és precisament l'ànim de lucre, sinó la cohesió i integració social, prevenció i realització de drets fonamentals. No obstant, és cert que no es pot excloure el caràcter no econòmic de la totalitat de serveis social. El més prudent hagués estat fer al·lusió al cda 6 DC 24 el qual reconeix la llibertat dels Estats Membres per a organitzar el serveis socials obligatoris, entenen per aquests, els del catàleg previst en la Cartera de Serveis Socials i en principi els garantits ja que no depenen de la disponibilitat pressupostari però en principi seran tots aquells la prestació els quals sigui competència de l'Administració pública. L'al·lusió que fa el propi considerant als Estats membres s'ha d'extrapol·lar a l'organització interna de cada Estat.

Fent referència el DLL al mateix temps al cda 7 i la LLSSCAT implícitament qualifica tots les prestacions de la Cartera de Serveis Socials com a Serveis d'interès econòmic general quan aquets caràcter no es pot predicar de totes les prestacions. Tot i que aquestes prestacions encaixen dins del concepte de activitat econòmica configurat per la jurisprudència del TJUE d'una manera molt amplia, els serveis socials d'interès general no encaixen en els objectius i principis subjacent del marc comunitari dels Serveis d'interès econòmic general en tant que es fonamenten en una lògica en basada en criteris de rendiments econòmic, que no resulten aplicables als serveis socials⁶⁸. Ara bé, com ja s'ha dit, hi ha una gran incertesa sobre la distinció del caràcter o no econòmic, per això molts cops és recau sobre el criteri del ànim de lucre o els principis de solidaritat i de cohesió social⁶⁹

⁶⁸ Dictamen CESE TEN/25, 15 març del 2007, de Serveis Socials de Interès General

⁶⁹ (PEIRO BAQUEDANO, 2007)

Dit això, en base aquesta facultat de definició i organització s'adopten en el DLL a l'emprar de la DC 24 dues formules no contractuals: el concert social i la gestió delegada. Així com el concert social ha estat desenvolupat per altres CCAA en termes similars, Catalunya destaca per la configuració d'aquesta segona formula no contractual i sobre la qual hi ha una aura de incertesa sobre el seu contingut bastant important. Dit això, seguidament s'exposa el règim general previst per al concert social i en el seu cas gestió delegada, règims que esta pendent de desenvolupament reglamentari per la qual cosa a fi d'obtenir una imatge fidedigna del futur règim de concertació social, es complementarà amb dos models normatius vigents, l'acció concertada aragonesa i el concert social balear.

Aragó regula el règim de concertació per mitja de la *LEY 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario*⁷⁰. Aquesta llei es complementa amb les respectives normes sectorials que acaben de configurar el règim de l'acció concertada en atenció a les especialitats de cada sector i en concret, en l'àmbit de serveis socials es dicta *ORDEN CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón (En endavant, «ORDEN»)*. Doncs bé, el legislador aragonès estableix la concertació – formula no contractual- com un mode de gestió dels serveis prestats directament a les persones, en conseqüència, els serveis socials podran ser prestats a) per mitja de gestió directa, b) per mitja de gestió indirecta d'acord les formules prevists en la LCSP i c) per mitja d'acord d'acció concertada amb entitats públiques o entitats privades sense ànim de lucre (Art 1 LAC I L'Art. 21.1 LLSSAR).

⁷⁰ Tot i el seu títol, el legislador aragonès ha considerat que també s'ha de poder recorre en àmbit d'educació a l'acció concertada per la qual cosa modifica l'Art 14 introduint un nou apartat de la *Ley 16/2002, de 28 de junio, de educación permanente de Aragón (DF 3ª)*. L'acord d'acció concertada es presidit pel principi de subsidiarietat conforme el qual la concertació esta subordinada, amb caràcter previ, la utilització optima dels recursos propis; principi de solidaritat estesa com incentivar la participació d'entitats del tercer sector i el principi d'eficàcia pressupostaria, entre altres. (Art. 4 LAC). No resulta baladí la configuració d'aquests principis informadors de l'acció concertada en tant que troben plasmació en la jurisprudència comunitària que ha motivar el règim específic de les noves directives de contractació pública relativa als serveis socials.

⁷¹ La filosofia que inspira la gestió dels serveis socials Aragó: «*si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su colaboración con la Administración pública en la prestación de servicios a las personas, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación. Sólo desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones podrá colaborar con la Administración bajo la forma de acción concertada*» Exposició de Motius de la LAC

Les Illes Balears articula el concert social des de la pròpia LLSSBAL, podent-se gestionar els serveis socials per mitja de: a) gestió directa; b) règim de concert previst en la pròpia llei, c) la gestió indirecta en el marc de la normativa de contractació pública i d) els convenis amb entitats sense ànim de lucre. El concert es desenvolupa mitjançant el *Decret 48/2017 de 27 d'octubre, pel qual s'estableixen els principis generals als quals s'han de sotmetre els concerts socials (En endavant «DPGCS»)*

A diferència dels dos models, Catalunya preveu el concert social en una normativa de contractes públics fent referència a la LLSSCAT. Actualment trobem per una banda, *Projecte de Llei de Contractes de Serveis a les Persones* el qual exclou del seu àmbit d'aplicació les fórmules no contractuals com el concert o la gestió delegada, regulades en *normes d'àmbit sectorial* (Art.3.2) i d'altra banda la iniciativa per al *Projecte de Decret pel qual es regulen els Concerts socials*⁷². Així doncs el sistema prestacional català presenta similituds ambdós models en tant que per una banda es preveu un sistema de prestació especial per als serveis prestats directament a la persona tant des del àmbit contractual com des del àmbit no contractual⁷³, aquest últim serà desenvolupat per cada normativa sectorial competent en atenció a les especialitats de cada servei. En aquest cas, la LLSSCAT haurà de modificar-se per a preveure la gestió per mitja de contractació el règim de la qual serà desenvolupat reglamentàriament pel Projecte de Decret.

Es prenen aquets dos sistemes com a models per dos criteris: en primer lloc per la qualificació jurídica del concert social i en segon lloc pel tractament a favor de les entitats sense ànim de lucre. L'acció social aragonesa reserva l'acció concertada a les entitats públiques i les entitats sense ànim de lucre (Art. 2 LAC) mentre que el concert social balear i català, s'estableixen una preferència a favor d'aquestes alhora de subscriure el concert quan *existeixin anàlogues condicions d'eficàcia, qualitat i rendibilitat social, a les entitats sense ànim de lucre*. (89 quinquies apartat 4 LLSSBAL

⁷² Des del 18 d'octubre del 2017 fins al 9 de novembre va tenir lloc el període de consulta pública prèvia a l'elaboració del Projecte Decret. No es va rebre cap observació ni comentari llevat el dia 9 de novembre va entrar a la bústia electrònica les aportacions fetes per les Confederació Empresarial del Tercer Sector Social de Catalunya (La Confederació).

⁷³ Hi ha la iniciativa per al projecte de concert en els serveis de salut

i Art 14 DPGCS, i DA° 3 apartat 9). Ara bé, pel que fa a la qualificació de l'acció concertada es coincideix amb la qualificació catalana «*instrumentos organizativos de naturaleza no contractual*» mentre que la LLSSBAL el *diferencia de la modalitat contractual de concert regulada en la normativa de contractació del sector públic*. D'altra banda, es conclou que el fet d'articular una reserva a favor de les entitats sense ànim de lucre no és una característica específica d'aquesta naturalesa no contractual. En aquest mateix sentit, cap plantejar-se si *diferenciat de la modalitat contractual de concert* vol dir que és una figura no contractual o bé que es contractual? Així doncs amb el contrast dels dos models es podrà examinar si realment es diferencia el règim aragonès del règim balear.

4.3. El règim de concertació social català

El Concert social català es defineix com *la prestació de serveis socials de la xarxa de serveis socials d'atenció pública a través de tercers titulars dels serveis i establiments en els quals es prestin amb finançament, accés i control públics* (DA° 3^a apt. 1)⁷⁴, és a dir, té per objecte prestar serveis a compte de l'administració pública competent per mitja d'entitats privades les quals són les titulars del serveis o establiment per la qual cosa en la prestació no seran emprats establiments de l'administració. Aquesta última negació és el que caracteritza la *Gestió Delegada* en tant que es presenten els serveis en establiments de titularitat de l'Administració pública, a través de tercers, en els termes i en les condicions que li encomani l'Administració pública titular de l'establiment o servei (DA° 3 apt. 2). El caràcter que distingeix a les dues figures, fonamenta en si l'establiment com a requisit per al seu accés l'acreditació d'un certa experiència en la matèria objecte de contracte.

Els principis que informen la concertació socials són els principis *d'atenció personalitzada i integral, d'arrelament de la persona a l'entorn d'atenció social, l'elecció de la persona i la continuïtat en l'atenció i la qualitat*⁷⁵. A fi de preservar i garantir els principis informadors, l'administració podrà exigir el compliment requits, clàusules i mesures de preferència o mesures de discriminació positiva, criteris socials,

⁷⁴Principis informadors d'altres concerts socials ex: Art. 89 bis 2 LLSSBAL, l'Art 44 bis 2 LLSSAST, Art. 3 LAC i l'Art 101.1 LLSSAND

⁷⁵ Per igual el concert social balear, Art 9 DPGCS

de qualitat, d'experiència i de trajectòria acreditada i altres. Dins d'aquestes mesures de discriminació positiva la pròpia norma ja estableix que s'ha de donar preferència, quan existeixin anàlogues condicions d'eficàcia, qualitat i rendibilitat social, a les entitats sense ànim de lucre⁷⁶. Cap plantejar-se quin és el fonament pel qual en el gestió delegada, que també és un mecanisme no contractual per la provisió de serveis socials, no l'informen els mateixos principis ja que exclusivament configuren el concert i conseqüentment en la gestió delegada no es poden establir ni mesures de discriminació positiva (DA^o 3^a apt. 9) ni establir criteris socials etc.⁷⁷

Podran ser objecte del concert social: a) *La reserva i l'ocupació de places, en centres d'iniciativa privada, per a ús exclusiu de les persones usuàries de serveis socials l'accés als quals sigui autoritzat per les administracions públiques mitjançant l'aplicació dels criteris previstos per la normativa vigent, i b) La gestió integral de prestacions tècniques, tecnològiques o de serveis en centres d'iniciativa privada*⁷⁸. Mentre que l'objecte de la gestió delegada és *la gestió integral de places en establiments de titularitat pública o de serveis de titularitat pública*. L'objecte de les dues formules no contractuals continua sent una prestació de serveis socials els quals són objecte de la LCSP per tant no es donaria la causa d'exclusió de l'Art. 6 apt 2 LCSP que exclou els convenis celebrats per una entitat del sector públic i una persona física o jurídica subjecta al dret privat el objecte del qual no es troba compres en la llei. Just el contrari, com es pot veure aquest concert no contractual té una certa similitud amb el concert previst en TRLCSP el qual es subscribia amb un prestador privat que venia prestant el servei en condicions anàlogues a les del servei públic en qüestió (exemple Art. 116 LO 8/2013, de 9 de desembre, per la millora de la qualitat educativa). És més la LCSP no exclou del seu àmbit d'aplicació els serveis no econòmics de interès general els quals si estan exclosos de les Directives europees per tant són prestacions de serveis que es

⁷⁶ Aquesta mateix mesures de discriminació positiva també es preveu en la *Llei 14/1986, de 25 abril, General de Sanitat* en l'art 90.2.

⁷⁷ A destacar el règim d'acció concertada aragonesa presenta uns principis general propis que s'hauran de complementar els principis informadors de la normativa sectorial de torn, en concret, la LLSSAR la qual si preveu els principis d'autonomia personal, d'integració, d'atenció personalitzada i continuada i de qualitat. En relació als principis rectoris de l'acció concertada a destacar, els principis de subsidiarietat, solidaritat i eficàcia pressupostaria els quals sorgeixen de la jurisprudència comunitària i els principis d'igualtat, publicitat, transparència i no discriminació del csd 114 DC 24 quan parla de les figures no contractuals.

⁷⁸ ART. 62 LLSPB, Art 103 LLSSAND, Art 89 bis 4 LLSSBAL i l'Art. 25.2 LLSAR

poden continuar presentant per mitja de contracte públic d'acord amb la normativa espanyola.

4.3.1. La prèvia a la convocatòria i sol·licitud

Ambdós figures s'estructuren en un sistema de convocatòria i sol·licitud. Ara bé, amb caràcter previ a la iniciació del procediment, l'acció concertada aragonesa, conforme el principi de subsidiarietat, requereix justificar per mitja d'acord acreditatiu la concurrència de les circumstàncies que motiven recorre a l'acció concertada per la gestió de les prestacions de serveis, en atenció a la *insuficiencia de medios propios, a la idoneidad de dicha forma de gestión por el contenido concreto de la prestación o a criterios de planificación establecidos para dotar de recursos al sistema público con los que hacer posible el efectivo acceso de las personas a los servicios garantizados* (Art.5.2 LAC) . L'acord acreditatiu en matèria de serveis socials en virtut de la ORDENes plasma en la «*memòria justificativa*». Si bé es cert que el concert social Balear no es presidit pel principi de subsidiarietat si que exigeix disposar de certa documentació amb caràcter previ a la iniciació del procediment, en concret, l'informe de serveis jurídics sobre l'adequació a la normativa de concertació social i a instància del òrgan instructor, l'estudi de costos, que ha de calcular el preu i els costos variables, fixes i permanents del servei (Art. 16 DPGCS). A tal efecte, la LCSP no permet que les entitats del sector públic celebrin contractes sense que aquets no siguin necessaris per al compliment i la realització del seus fins institucionals. En la documentació preparatòria abans d'iniciar el procediment d'adjudicació s'ha d'acreditar la naturalesa i l'extensió de les necessitats a cobrir, així com, la idoneïtat del objecte i el seu contingut per a satisfer-les (Art. 28.1 LCSP). El fet de dur a terme l'estudi del cost de la prestació del servei té una certa semblança amb *l'estudi de viabilitat econòmica – financera* (Art. 285 LCSP) propi de la concessió el qual és vinculant en els supòsits en que conclou la inviabilitat. La LCSP estan inspirada en la idea de que el contractista no *assumeixi riscos excessius* ja que serà negatiu tant per ell com per l'interès general que pretén garantir. Així doncs, per igual es sustenten tant el concert social com el contracte públic en el principi d'eficàcia pressupostaria i d'idoneïtat.

4.3.2. L'accés

Pel que fa a l'accés tot i ser molt «esquet» el DLL requereix comptar per a poder subscriure el concert i la gestió delegada amb *l'acreditació administrativa* la qual atorgar la consideració d'entitats prestadores de serveis socials (Art. 75.1 LLSSCAT) i figura inscrit en el corresponen *Registre d'entitat, serveis i establiments de serveis socials*.⁷⁹ A més, hauran d'acreditar: a) disposar de mitjans i recursos suficients per a garantir complir la prestació en les condicions establertes; b) complir la normativa tant general com específica aplicable i només en la subscripció de concerts socials de places i c) la titularitat del centre o servei o la seva disponibilitat per un període no inferior al de la vigència del concert per qualsevol títol jurídic vàlid.

Per a formalitzar l'acord d'acció concertada aragonesa es requereix, entre altres, a) *acreditar una experiència mínima en el àmbit social por un plazo de tiempo que, en todo caso, no será inferior a dos años*; b) *acreditar la solvencia económica y financiera que se fije en la convocatòria* i c) *contar con un seguro de responsabilidad civil que cubra la prestación de los Servicios concertados* (Art. 4 ORDEN CDS/2042/2017). Tots aquests extrems són igualment exigible mitjançant una fórmula contractual, en concret, és requisit de solvència tècnica o professional (Art. 90.3), l'experiència, els coneixements i els mitjans quan l'objecte del contracte requereix aptituds en matèria social i prestacions de serveis de proximitat. Caràcter propis dels serveis socials.

Pel que fa al concert social balear es fixen requisits similars no obstant, es requereix també *no estar afectades per cap prohibició de contractar* en virtut de sanció administrativa ferma, de conformitat amb la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, o la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària. La remissió a la LGS, en concret, a l'Art. 13, és conseqüent amb la qualificació jurídica atorgada al concert social per la qual no es pot recorre a les prohibicions de contractació previstes en l'Art. 71 LCSP. Ara bé, s'ha de destacar que tal prohibició es contempla també com un causa en l'Art 71 LCSP, en concret la lletra f), però la figura no contractual no preveu l'eximent de prohibició la qual permet la seva no aplicació quan l'òrgan de

⁷⁹ Recordem que per a obtenir l'acreditació serà necessari prèviament haver obtingut l'autorització administrativa (Art 71.1 LLSSCAT), la qual causarà la inscripció d'ofici.

contractació verifica que l'empresa en qüestió ha complert les seves obligacions o bé ha celebrat un conveni vinculant amb vistes al pagament de les quantitats pendents.

Abans de passar al segon punt, la LLSSPB alhora de configurar el règim de concert social, l'Art. 64.4 requereix acreditar *la presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio i deberán acreditar que en su organización, funcionamiento e intervención actúan con pleno respeto del principio de igualdad, mediante la integración efectiva de la perspectiva de género*⁸⁰ (...). Sobre l'exigència de *presencia prèvia* el que es coneix com, les *clàusules d'arrelament territorial*, el TJUE⁸¹ ha dictaminat que establir una clàusula d'aquestes característiques en el plec de clàusules administratives i prescripcions tècniques a fi de garantir la proximitat o l'accessibilitat al centre tant en interès del pacient i familiars com també pel personal mèdic, consisteix en una *obligació d'execució territorial* que no garanteix allò que en principi es pretén en tant que l'exigència d'ubicació geogràfica produeix com efecte excloure automàticament els licitadors que disposen d'un centre situat en un terme municipal concret, tot i que compleixin amb la resta de requisits establerts en el plec. A més de que molts pacients els quals s'hauran de beneficiar dels serveis prestats en aquets centre privat tenen el seu domicili fora del terme municipal en qüestió. En conseqüència aquesta exigència no garanteix un accés igualitari i no discriminatori. Dit això, tot i donar-se en el marc de contractació pel fet de ser contrari al principi de igualtat i no discriminació tampoc podria adoptar-se en els concerts socials de naturalesa no contractual ja que d'acord amb el csd. 114 s'han de respectar el principi de igualtat i no discriminació. Ara bé, donat que el TJUE qualifica aquesta previsió coma obligació d'execució, en el marc de contractació pública, aquest previsió es podria adoptar com una condició d'execució especial quan estigui vinculada amb l'objecte del contracte i no sigui directa o indirectament discriminatòria i compatible amb el dret de la Unió.

⁸⁰ Art 8. b) com a requisit d'accés del *Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales* d'Andalusia i l'Art 5.4 a) LAC com a criteri de selecció

⁸¹ STJUE de 22 d'octubre de 2015, (Ass. C-552/13) «*Quirón*»

4.3.3. Adjudicació

En relació amb l'**adjudicació** del concert social català, el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies⁸² (*En endavant* «DTASF») estableix que es tracta d'una *adjudicació sense selecció*⁸³, en conseqüència, no estan sotmesos al règim de concurrència competitiva implicant que totes les sol·licituds presentades i que reuneixin els requisits fixats poden accedir-hi. S'ha de veure com aquesta configuració encaixa amb l'apt. 16 DA° 3ª que sotmet tant al concert social com la gestió delegada al principi de concurrència. També es configuren per adjudicació directa el concert social balear i l'aragonès. El DTASF sosté que l'assignació de places és fa mitjançant l'adjudicació per *arrelament dels usuaris*, és a dir, el criteri per assignar-les va en funció del lloc de residència del usuari atent primer a les places ocupades i si hi ha més places en funció de la demanda acreditada per les llistes d'espera. No obstant, s'ha de tenir en compte que una adjudicació directa no sempre es possible ja que l'assignació de places i el finançament públic són limitat. En aquets sentit es possible que es donin més sol·licituds que places obertes o disponibilitat pressupostaria. És així de probable que tant la normativa balear com l'aragonesa han fixat criteris de preferència o selecció per aquells supòsits en que excepciona la regla general d'adjudicació directa. Per tal de tenir una imatge de com s'articularà l'eventual procediment, seguidament es mostra el règim configurat per les dues normatives models:

El *termini* per a prestar la sol·licitud no podrà ser inferior a 15 dies des de la seva publicació (Art.10 ORDEN CDS/2042/2017) i el termini màxim per resoldre el procediment és de 3 mesos a comptar des de l'endemà de la sol·licitud a l'òrgan competent. Si en el termini indicat no se'n ha dictat una resolució expressa, operarà el silenci administratiu, i s'entendrà desestimada la sol·licitud (Art. 13.6 i 7

⁸²Les seves funcions es centren en polítiques de serveis, prestacions i protecció social, d'igualtat, de joventut, de la gent gran, de les famílies, la infància i l'adolescència, d'immigració, de gais, lesbianes, bisexuals, d'acolliment i les adopcions, de les persones amb disminució i dependència, així com gestionar els equipaments assistencials de la xarxa de serveis socials i establir polítiques per a la inclusió social. També s'encarrega de l'acció comunitària, de coordinar i gestionar la xarxa d'equipaments cívics i socials així com de la sensibilització cívica i social i el suport a les entitats i el voluntariat. També té competència en polítiques de relacions laborals.

http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/el_departament/funcions_i_estructura/

⁸³ Em remeto a la informació adjuntada al Annex Documental.

respectivament DPGCS); conseqüència del principi de celeritat o econòmica processal que regeix en la LPAC i resulta conforme l'Art. 21.2 LPAC. El termini per a presentar les sol·licituds serà fixat en al convocatòria on també constarà l'òrgan instructor del procediment; el tipus de servei social; la documentació que han d'aportar les entitats sol·licitants; els requisits específics que han de complir les entitats; el nombre màxim de places o sessions que s'han de concertar i, si escau, la distribució territorial d'aquestes places o sessions; la vigència del règim de concert; el valor màxim estimat de tot el procediment, el qual, en cap cas, no ha de suposar un compromís de despesa, i el preu màxim del servei o sessió (Art. 12.2 DPGCS i d'igual forma l'Art. 10.3 ORDEN/CDS/2042/2017). Els models es configuren pel desdoblament d'òrgans participants, un primer que desenvolupa el tràmit d'instrucció fins a la proposta de resolució i un segon que resol el procediment. L'òrgan instructor revisarà la documentació, i podrà fer els respectius requeriments a les entitats en el cas d'haver algun defecte en la sol·licitud presentada, llevat que no tinguin el servei autoritzat o acreditat que, en aquets cas, s'exclourà automàticament, prèvia resolució d'arxiu d'actuacions⁸⁴. Un cop estan esmenades les sol·licituds s'haurà de comprovar si l'oferta s'ajusten al import i la demanda fixats per l'Administració competent.

Pel que fa al concert social balear, en el cas de que s'ajusti a la *disponibilitat pressupostaria suficient*, en aquest cas, l'òrgan competent adjudicarà a cada entitat sol·licitant el concert. Mentre que en el cas contrari, l'òrgan instructor aplicarà els *criteris de prelación* previstos en l'art 14.3 de la mateixa norma a fi d'obtenir l'ordre de prelación de totes les entitats que poden concertar el servei, l'instructor elaborarà la proposta definitiva la qual l'eleva al òrgan competent per a la resolució. Per tant, amb caràcter general, al igual que el règim de concert social català, es preveu adjudicació directa, però davant la manca de disponibilitat pressupostaria s'estableixen els següents criteris de prelación:

a. En primer lloc, pel «principi d'arrelament», s'han de finançar les places ocupades per persones designades per l'Administració que concerta el servei.

⁸⁴ L'exclusió automàtica no opera en l'acord d'acció concertada aragonesa.

b. En segon lloc, sempre que hi hagi romanent pressupostari i es tracti de serveis amb llista d'espera, pel «principi de lliure elecció de la persona», s'han de finançar les places dels serveis de manera proporcional a la llista d'espera.

c. En tercer lloc, si continua havent-hi romanent pressupostari, cal ajustar-se a la concessió proporcional al nombre de places ofertes del servei. Aquesta distribució proporcional només es farà entre els serveis que no tinguin exhaurida la llista d'espera.

Important atendre al punt quart de la present article el qual estableix la preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre, quan hi hagi condicions d'eficàcia, qualitat i rendibilitat social anàlogues, prevista en l'apartat 4 de l'article 89 quinqués LLSSBAL. Aquí es preveu doncs aquesta mesura de discriminació positiva.

Pel que fa l'acció concertada aragonesa la qual també amb caràcter general impera l'adjudicació directa, a diferencia que en el concert social anterior, estableix la LAC una llista oberta de criteris de selecció de les entitats sol·licitants a concretar per la normativa sectorial (Art 5.3 i 4 LAC) els quals operaran quan hi ha limitacions pressupostaries o del número o de les característiques de les prestacions susceptibles de concert. Per tant, en aquets model no només es contempla com a supòsit la disponibilitat de fons públics sinó que va més enllà en tant que es possible que es donin també un desajustament entre oferta i demanda en aquets aspectes. A títol d'exemple alguns d'aquest criteris poden ser: a) *La implantación en la localidad donde vaya a prestarse el Servicio;* b) *Los años de experiencia acreditada en la prestación del Servicio,* c) *La valoración de los usuarios si ya hubiere prestado el servicio anteriormente.* d) *Las certificaciones de calidad y experiencia acreditada en la gestión y mejora de los Servicios,* e) *La continuidad en la atención o calidad prestada,* f) *El arraigo de la persona en el entorno de atención etc.*

Tot i que les dues normatives anomenen els criteris de forma diferent, la seva funció continua sent la mateixa en tant que la selecció en si es caracteritza per la ponderació major o menor de determinats *items* prèviament fixats els quals atorgaran preferència a uns sobre els altres en el moment de l'adjudicació. L'Art. 11 ORDEN el qual plasma la llista anterior, exigeix que s'han de fixar els criteris de selecció en la convocatòria

quan resultin necessari en funció del número o de característiques de les prestacions objecte d'acció concertada. Per tant, ja en el moment de publicació de la convocatòria l'òrgan instructor competent haurà de determinar si en aquell procediment d'acció concertada s'haurà de seleccionar a les entitats sol·licitants⁸⁵. En aquets cas, en opinió, haurien de constar sempre els criteris de selecció eventualment aplicables en tant que es difícil tenir certesa segura que el nombre d'ofertes presentades serà inferior a la demanda. En el cas de que es produís aquesta desequilibri i l'instructor apliques els criteris fixats en la normativa sectorial seria objecte de recursos per ser contrari als principi de publicitat i transparència⁸⁶.

L'òrgan competent per a resoldre autoritzarà o denegarà motivadament els acords d'acció concertada sol·licitats i seran notificats al interessats. Mentre que l'adjudicació o denegació del concert social balear no requereix motivació. Tan el concert com l'acord, un cop autoritzat, es formalitzen en un document administratiu on s'han d'incloure a més dels aspectes recollits en la legislació, els fixats en l'Art. 13 ORDEN previstos amb caràcter obert i els quals fan referència aspectes com la cobertura territorial; la vigència, el contingut del servei i la delimitació de les prestacions com el règim d'accés; la qualitat exigible, el procediment de facturació i documentació necessari per l'abonament dels serveis concertats; les causes de modificació, revisió, resolució, prologa i renovació d'acords etc⁸⁷.

Els contractes públics també tenen *caràcter formal* sent la forma un pressupòsits per a la vigència del contracte (Art. 36 LCSP). Igualment es formalitzen en un document administratiu havent-se d'ajustar al contingut de la licitació conseqüentment no es pot incloure en el document administratiu clàusules que suposin una alteració dels termes de l'adjudicació (Art 153 LCSP). Dit això, constitueix el contingut mínim del contracte,

⁸⁵En l'acció concertada es preveu que les sol·licituds es valoraran per un comissió de valoració formada per 5 membres i si prèviament és fixat en la convocatòria, es poden incorporar fins a un màxim de quatre experts de reconegut prestigi en l'àmbit en qüestió per la ponderació d'aquells criteris que requereixen un judici de valor i que siguin determinants per l'autorització o denegació de les sol·licituds (Art. 12.3 ORDEN).

⁸⁶El mateix passa en el concert social balear en tant que no es contingut de la convocatòria els criteris de preferència.

⁸⁷En termes més general l'art 7 DPGCS estableix en el document administratiu constaran els drets i les obligacions recíproques i així com les característiques concretes del servei descrites en el plec tècnic i el previst en la LLSSBAL Després el contingut del plec es concretat en l'art 8 el qual a més del establert en la ORDEN també fa referència a les penalitzacions per incompliment de l'entitat

llevat que ja consti en els plecs, i que com veurem es anàleg al previst al concert social: *definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación; referencia a la legislación aplicable al contrato; el precio cierto; g) la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas; las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones; las condiciones de pago; los supuestos en que procede la modificación y la resolución; el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso y la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.*

4.3.4. Els efectes

Tant el concert social català com la gestió delgada obliguen el titular de l'entitat privada proveïdora ha prestar els serveis conforme l'estipulat en la llei i en el plec tècnics⁸⁸. L'Art 9.3 DPGCS fixa un llistat de les obligacions a les quals està subjecte el prestador del serveis mitjançant el concert social, a títol d'exemple, *complir els plecs tècnics; l'establert en la legislació en matèria de serveis social; atendre a les persones usuàries que han sol·licitat l'accés al servei i que tinguin assignada la plaça; tenir en funcionament el nombre total de places objecte de concert i mantenir l'autorització o acreditació etc.* El mateix en l'acció concertada aragonesa l'Art 6 ORDEN. Fins ara s'ha constatat que el concert social almenys, l'entitat proveïdora està obligat *organitzar i prestar el servei* amb estricta subjecció a les característiques i exigències fixades en l'acord, és a dir, les fixades per la legislació competent i en el plec.

En relació amb finançament públic (Apt. 1 DA° 3ª) del concert social català, els serveis socials tot i que es caracteritzen per la *universalitat i la gratuïtat* ja en la pròpia exposició de motius s'especifica «la *gratuïtat* dels serveis socials que les lleis determinin com a bàsics»⁸⁹, això vol dir, tenint en compte que l'estructura del sistema

⁸⁸ Igualment l'Art. 6.2 LAC i l'Art 9.1 DPGCS

⁸⁹ L'Art 5.a LLSSCAT alhora d'establir la universalitat com a principi rector del sistema públic de serveis socials, en el sentit de garantir el dret d'accés als serveis socials en condicions d'igualtat, equitat i justifica retributiva. Concretar que això no exclou, que els usuaris, a més de estar sotmesos al

de serveis socials és caracteritza per un finançament mixt públic-privat, aquest serà diferent en funció de si és qualifica com a servei social bàsics o especialitzat. El primer tendeixen a la gratuïtat (Art. 62.1 LLSSCAT) però l'usuari pot haver de pagar algunes prestacions, que són, els serveis de teleassistència i dels d'ajuda a domicili, via copagament en tant que no paga la totalitat l'usuari sinó tan sols un part del seu cost. En canvi en els serveis socials especialitzats els legislador no els dota específicament d'aquesta tendència a la gratuïtat per tant el copagament en aquets tipus de prestacions no serà amb caràcter general, residual⁹⁰.

Dit això, el finançament públic-privat es caracteritza per la quantificació del cost de referència el qual es finançat per una banda pel mòdul social el qual es quantificarà tenint en compte el cost dels serveis d'atenció personal, educativa o social, i el copagament que en la seva determinació es tindrà en compte la seva capacitat econòmica de usuari, en especial el seu nivell de renda i el sector de població qui s'adreça la prestació. El DLL prohibeix a les entitats proveïdores exigir contraprestacions econòmiques fora del marc legal aplicable a les persones usuàries per les prestacions bàsiques (Apt. – DA^{3a}), això vol dir, que tant el mòdul social com allò aportat pel usuari són *contraprestacions* a favor de l'entitat proveïdora pels serveis prestats fixades pel marc legal. A més a més en els servei socials especialitzats si que podran exigir al usuari una major aportació de la fixada en la Cartera de Serveis Socials.

El DPGCS concreta que l'entitat privada esta obligada amb caràcter general a prestar de forma *gratuïta els* serveis, llevat que es pregui la participació de la persona usuària, d'acord amb els principis d'atenció adequada, integral, personalitzada i continuada. Així doncs també es característica per un sistema de finançament mixt això com en el cas de que participi l'usuari en el finançament tan sols pot percebre les quotes fixades reglamentàriament. Tant la quantitat de participació per part de l'Administració com la quantia de copagament tenen jurídicament la conceptuació de *contraprestació pels*

compliment d'uns requisits, paguin una contraprestació econòmica per assegurar la coresponsabilitat entre els usuaris i les administracions públiques i la sostenibilitat del sistema.

⁹⁰ El catàleg de serveis socials serà l'encarregat de delimitar l'àmbit d'actuació del sistema públic de serveis socials, classifica i defineix les prestacions socials, determinen el seu caràcter bàsic o especialitzat, els requisits que han de reunir els beneficiaris i els centres per la seva provisió i l'establiment del règim de gratuïtat o de participació en el finançament del serveis per part del usuaris. (BRANDÉS MOLINÉ, 2013)

serveis socials concertats amb les entitats. De igual forma l'Art 4 apt. g) LAC el qual concreta el *principi d'eficàcia pressupostària* ho qualifica com *contraprestacions econòmiques*. Així doncs la contraprestació que reben les entitats proveïdores del servei té per objecte el reemborsament de les despeses variables, fixes i permanents, sense incloure el benefici industrial. D'acord amb la jurisprudència del TJUE tot i que la contraprestació només cobreixi les despeses no es suficient per negar el caràcter oneros propis del contracte públic. D'altra banda, s'afirma que la concertació en si comporta el naixement de obligacions recíproques la qual una causa de l'altra, això vol dir, que pel fet de prestar el servei en les condicions fixades tant per l'administració com per la legislació en la matèria, rebrà a canvi una disposició dinerària la qual pretén garantir la *indemnitat patrimonial* (Art. 26 LLSSAR) de l'entitat proveïdora ja que aquesta presta serveis a compte de l'Administració responsable de prestar el servei.

Tant el concert social balear com l'aragonès preveuen l'opció de proveir **serveis complementaris** els quals es diferencien de les *prestacions essencials* caracteritzades per la seva exigibilitat com a Dret subjectiu dels beneficiaris d'aquests⁹¹. Aquests serveis seran voluntaris, en el sentit de que no venen exigits per l'administració competent però no obstant, tant la seva prestació com el import que s'exigirà als usuaris hauran de ser autoritzats per òrgan competent (Art. 10.1 DPGCS i Art. 8.1 ORDEN)⁹². Dit això s'entén que són serveis que beneficiaran als usuaris de les prestacions o serveis concertats però la seva provisió no ve exigida per l'administració, és a dir, no gestionen serveis a compten d'ella, sinó per compte seu⁹³.

A conseqüència de que és un servei de titularitat pública, és a dir, un servei públic, els serveis concertats resten subjectes al control tècnic i financer i als processos d'inspecció i sancions de les administracions públiques (Art. 20 ORDEN i Art. 27 DPGCS). De

⁹¹ Apt. V Exposició de Motius de la LLSSAR

⁹² Es podrà denegar l'autorització bé per que l'òrgan considera per raons fonamentades que esta inclòs el servei en qüestió en l'acord, bé per ser discriminatori, o que d'alguna altra forma vulnera els drets del usuaris o que els posa en perill (Art. 10.3 DPGCS i Art. 8.3 ORDEN)

⁹³ Les dues normatives models descriuen per igual el procediment per mitja del qual es farà el efectiu el pagament. Mensualment es tramitarà l'ordre pagament prèvia factura per part de l'entitat la qual ha de concretar una relació de les persones usuàries i si s'escau, la participació econòmica del usuaris, les quals han de ser deduïdes prèviament de la factura corresponen. (Art. 25 DPGCS i l'Art. 18 ORDEN). A destacar que tant en el concert socials com en l'acció concertada s'estableix el mecanisme del reintegrament per la percepció de quantitats indegudes (Art. 26 DPGCS i Art. 22.2 ORDEN).

igual forma en els contractes del sector públic, l'administració es reserva els poders policia sobre aquells serveis pels quals ella es responsable i són prestats per un tercer a compte seu (Art. 287.2 i l'Art 312 e) LCSP)

L'Art 7 LAC i l'Art 9.3 DPGCS preveu una clàusula sobre el règim de contractació de les actuacions concertades. Es permet a l'entitat concertada, sempre que ho comuniqui fefaentment a l'Administració, que subcontractari amb tercers la realització parcial de prestacions objecte de concert, que com màxim podrà suposar un 45% del import del concert. Això no suposarà alterar el règim de responsabilitat directa del contractista per tant serà ell qui indemnitzarà pels danys i perjudicis que causi per si mateix o per tercers, que són conseqüència de l'execució del concert social⁹⁴. Ara bé, aquí cap plantejar-se quina serà la normativa reguladora de la subcontractació ja que si el concert estigues subjecte a LCSP aquests estarien sotmesos a les normes relatives a subcontractació previstes en la llei. En aquest sentit l'informe 7/2017 de JCCA de la Generalitat de Catalunya estableix que la normativa sectorial reguladora de l'acció concertada podrà establir l'obligació de subjectar aquelles contractacions a determinades disposicions de la legislació de contractació pública o als principis que la inspiren aquesta. Inclús ho considera que es convenient tenint en compte que aquests concerts són adjudicats de forma directa i la major part dels seus ingressos provenen del gir o tràfic amb el sector públic.

4.3.5. La durada, la renovació, revisió i eventual modificació.

Tornant al concert social català, el DLL a fi de garantir l'estabilitat i la continuïtat de la provisió del servei, la disposició configura determinats elements que conclouen amb la conculcació d'un *sistema de renovació*. Es fonamenten tant el concert social com la gestió delegada sobre una base pluriennal, sense perjudici que es puguin fixar determinats aspectes objecte de revisió i, si s'escau, possible modificació abans de concloure la seva vigència (Apt.10); una vegada conclosa la vigència d'ambdós figures, les Administracions Públiques hauran de garantir que els drets de les persones usuàries de les prestacions concertades no es vegin perjudicats per la seva finalització (Apt. 12) i la DTº 2ª concreta que en el concert socials s'establiran formules que garanteixin la

⁹⁴ De igual forma es preveu en el concert social balear, Art 9 DPGCS

continuitat en la prestació d'aquets serveis. En suma el que es pretén es introduir la renovació si bé de manera clara en el concert social ja que la gestió delgada no s'inclou en la DTº 2ª. La renovació és una mecanismes que no preveu en la normativa contractual tant en l'Estat i com en l'Europea, ara bé, si preveu la possibilitat d'ampliar el termini (Art. 29 LCSP). Finalment el DLL deixa en mans del reglament de desenvolupament la concreció de la vigència màxima, les condicions de renovació i les de pròrroga per la qual cosa s'examinarà tal i com estan previstos aquests extrems en la dues normatives models.

En relació amb la vigència. Les dues normatives models preveuen per a ell una durada màxima de 4 anys⁹⁵. L'acció concertada aragonesa admet la possibilitat d'aprovar eventuais prologues que podran ampliar la durada total fins a un màxim de 10 anys, les quals s'adoptaran per acord mutu de les parts sempre que estigui previst expressament en l'acord d'acció concertada, igual que en la LCSP. De igual forma, l'Art 21 DPGCS preveu la renovació del concert sempre que es justifiqui, amb un informe previ, la necessitat de cobrir la demanda del servei i que hagi consignacions pressupostaries, podent ser la durada màxima de la renovació el mateix període que el concert inicial, és a dir, una durada màxima de 4 anys.

No obstant, la renovació en l'acció concertada aragonesa opera de manera diferent. Per tal de garantir els drets dels usuaris del serveis, es podrà acordar la seva renovació quan haguí finalitzat la vigència del concert inclosa les seves prologues, durant el període de temps imprescindible per la nova tramitació del procediment, i en tot cas no podrà ser superior a 6 mesos⁹⁶ (Art. 14 ORDEN). I paradoxalment la pròrroga en el concert social balear com a expressió del principi de continuïtat per tal de garantir els drets de les persones usuàries, opera en el mateixos termes que la renovació en la normativa aragonesa. Conseqüentment el que pretén aquesta norma es introduir un sistema de renovació que no impera en contractació pública en tant que contravé el principi de concurrència competitiva però en si únicament suposa canviar el *nomen iuris* de la institució en tant que no es diferencia de la tradicional pròrroga pròpia de contractes públics. En justificació l' Art 29 LCSP estableix la durada màxima de les respectives

⁹⁵ El concert social andalús no podrà tenir una durada superior a 8 anys Art 28.2 DCSPSS.

⁹⁶ L'opció de renovació necessàriament ha d'estar prevista en l'acord firmat i subscrit entre les parts.

formules contractuals i la possibilitat de que el contracte pugui ser prorrogat (Art.29.1). Davant el supòsit de venciment d'un contracte que per causa d'esdeveniments imprevisibles en el procediment d'adjudicació del nou contracte, no han permès que es produís la nova adjudicació i davant l'existència de raons de interès general que fan necessària la continuïtat de la prestació, és permet *prologar* el termini de durada màxima fins que comenci l'execució del nou contracte (Art. 29.4 LCSP).

Es reserven facultats *ius variandi* a favor de l'Administració competent davant les variacions que puguin sorgir en els serveis per reducció o ampliació del nombre de places, per les circumstàncies derivades de les necessitats d'atenció dels usuaris o altres circumstàncies individualitzades, sempre que no afectin a requisits que van originar la seva adjudicació. També serà causa de modificació el canvi de titularitat del servei sempre que el nou titular es subrogui en els drets i les obligacions derivades del concert. La modificació podrà ser d'ofici o a instància de part i en el primer cas, s'ha de donar audiència a la part interessada la qual te que acceptada el nou concert (Art. 23.1,2 i 4 DPGCS). S'admet la possibilitat de no tramitar una modificació del concert per ampliació de places en els casos en que hi hagi llista d'espera, sent suficient incrementant el crèdit autoritzat sempre que hi hagi crèdit suficient i adequat l'entitat disposi de places concertades (Art. 23.3 DPGCS). A *sensu contrari*, sempre que no hi hagi bé disponibilitat pressupostaria o nombre de places per abastir la demanda, s'haurà de bé tramitar el procediment de modificació o bé celebrar un nou procediment de concertació. Serien els dos mateixos supòsits que excepcionen l'adjudicació directa. S'entén que aquests supòsits de modificació no poden implicar una modificació substancial del règim que suposin afectar els requisits que van originar la seva aprovació.

Tan mateix es revisaran i, si s'escau, es modificaran, les condicions tècniques i econòmiques, això vol dir, els plecs tècnics i els preus del serveis, també d'ofici o a instància de part, sent la freqüència de les revisions no inferior a l'any natural. En aquest cas, a més de donar audiència a les parts serà preceptiu comptar amb un informe vinculant del comitè tècnic d'assessorament (Art. 24 DPGCS). De igual forma es preveu en l'acció concertada aragonès però sense informe preceptiu (Art 17 i 21 ORDEN). Dit això, d'acord amb l'Art. 8 DPGCS en els plecs tècnics és on es

descriuen les característiques concretes de la població per atendre, i entre elles, l'atenció que requereixen, en conseqüència, les variacions que es produeixin en les necessitats d'atenció de les persones usuàries (Art. 23.1 DPGCS) s'hauran de modificar pel procediment configurat en l'Art 24 el qual no permet la modificació automàtica i requereix informe preceptiu i vinculants del Comitè Tècnics d'Assessorament. Aquesta mateixa contradicció es dona amb la variació del nombre de places en tant que el nombre de places concertades constitueixen condicions específiques de l'acció concertada les quals són contingut dels plecs tècnics, conseqüentment, modificació per mitja del previst en l'Art 24. En darrer lloc, en relació amb el concepte jurídic indeterminat «*circumstàncies individualitzades*» sempre que no suposi modificar ni les condicions del servei, ni les característiques de les persones usuàries, ni el sistema de facturació, ni quantia de copagament, així com, el règim de realització amb mitjans aliens ni les penalitzacions; es podran modificar via Art. 23, sense informe preceptiu. De igual forma davant del canvi de titularitat del servei. Dit això, aquesta potestat especial de modificació unilateral per part de l'administració també està present en seu de contractes del sector públic (Art. 203 a 207 LCSP)⁹⁷.

Finalment de forma coincident en les dues formules estableixen que les qüestions litigioses derivades de l'aplicació del règim de concert seran resoltes per l'òrgan competent de l'administració que concerta i un cop exhaurida la via administrativa, aquest podran sotmetre's a jurisdicció contenciosa administrativa (Art. 6 DPGCS i Art 9 LAC). Per tant, l'administració també continua conservant la potestat d'interpretació.

4.4. El concert social com a autorització administrativa

El csd. 4 el qual defineix el concepte de *contractació* exclou d'aquest caràcter la subvenció – el simple finançament- i aquelles situacions en que tots els operadors que compleixen les condicions fixades estan autoritzats a desenvolupar una determinada tasca sense haver participat en cap procediment de selecció, és a dir, l'autorització o les llicències. En aquets mateix sentit, el csd 114 es remet aquets dos supòsits quan parlar dels mecanismes no contractuals. Així doncs aquest dos són el fonament pel qual

⁹⁷ Pel que fa a les causes d'extinció del concert social (Art. 8 LAC i Art. 28 DPGCS) són similars a les previstes en l'Art. 213 LCSP.

afirma DTASF que el concert es configura com un règim d'autorització administrativa⁹⁸.

L'autorització administrativa és un acte administratiu que constitueixen una limitació administrativa de drets en tant que impliquen que una activitat en règim de lliure iniciativa ha d'estar consentida per l'administració prèvia valoració de la legalitat i oportunitat a la llum del interès públics que la norma aplicable en cada cas pretén tutelar. L'administració intervé via consentiment sent un requisit necessari per al seu exercici ja que sinó bé no desplegarà vàlidament els seus efectes o bé estaria privat d'ells⁹⁹.

Així doncs, l'habilitació administrativa no és una tècnica prestacional sinó d'intervenció administrativa molt present en l'actuació pública ja que es troba des del control de les activitats en règim de lliure iniciativa fins al aprofitament del domini públic. Malgrat ser una figura en la qual varia molt el seu objecte s'afirma que hi ha diversos aspectes coincidents entre elles¹⁰⁰ que constitueixen o afirmen aquesta categoria unitària: en primer lloc, l'administració pública competent duu a terme un control previ la *raó de ser* del qual en algun casos, és el *potencial dany* i en altres la *intensitat del ús* que comporta; en segon lloc, en relació amb la posició jurídica del partícula es fonamenta en la *preexistència del dret* a realitzar l'activitat en el termes previstos per la normativa (Llibertat d'Empresa Art. 38). En penúltim lloc, consisteix en una *declaració de voluntat* dirigida produir efectes jurídics vinculants i en darrer lloc és un *acte declaratiu de drets* que confereix al seu titular la situació jurídica protegida.

Aquests quatre caràcter descrits si que es troben present en la normativa de serveis socials, en concret, i com ja s'ha indicat, la LLSSCAT com moltes altres, reconeix la *llibertat d'iniciativa privada* en la prestació de serveis socials, així doncs, és els serveis socials poden ser prestats en règim de Dret Públic com en règim de Dret Privat. En aquests sentit, poden les persones físiques i jurídiques privades crear centres i

⁹⁸ Em remeto a la informació adjuntada en l'Annex Documental 8.2.

⁹⁹ L'Art 3.7 LAASE defineix l'Autorització Administrativa com *cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. Así doncs l' autorització stricto sensu sense és caracteritza per ser una intervenció ex ante, caràcter que la contraposa d'altres figures com són la comunicació prèvia i la declaració responsable*

¹⁰⁰ (LAGUNA DE PAZ, 2006) (GARCÍA DE ENTERRÍA & RAMÓN FERNÁNDEZ, 2015)

establiments de serveis socials i gestionar programes i prestacions d'aquesta naturalesa (Art. 68.1 LLSSCAT). No obstant, sent els serveis socials d'interès general, es necessari establir un *control previ* a la iniciació de la activitat a fi de garantir que els serveis socials que es prestaran compleixen les condicions materials, de seguretat i d'equipament; les condicions d'edificació, d'emplaçament i de condicionament dels serveis i els establiments, i els requisits quant a la titulació del personal, el nombre de treballadors necessaris els quals han de ser suficient en funció del nombre de persones usuàries, les necessitats que s'han d'atendre i el grau d'ocupació del servei (Art. 71.5 LLSSCAT i Art. 4 Decret 205/2015 de 15 de setembre). Un cop verifica l'administració que es compleixen les condicions fixades faculta a l'entitat privada a prestar els serveis socials (Art. 2.1 Decret 205/2015), per tant, es dicta l'*acte declaratiu de drets* a favor del seu titular produint *efectes jurídics vinculats*. En conseqüència, un cop autoritzades poden prestar els serveis sense estar subjectes a la direcció, inspecció i control de l'Administració en tant que tenen un Dret reconegut de lliure prestació, ara bé, la prestació de serveis serà sense finançament públic ja que, a més de que no formen part de la Xarxa de Serveis Social, no presten els serveis a compte de l'administració ni l'administració tampoc promociona o estimula la seva prestació. Però no vol dir que no ho puguin fer, just al contrari, per a prestar els serveis amb finançament pública requerirà, prèvia inscripció, obtenir l'acreditació i finalment, vincular-se amb l'administració.

És certa que l'autorització administrativa que és un actes administratius que pot incorporar un clausurat específic on es plasmin regles d'aplicació general (clàusules iuris) o clàusules accidents, que defineixen el règim concret al que quedaran subjectes les activitats autoritzades, però no és estructura apta per a plasma un l'intercanvi recíproc de prestacions en que cada una d'elles es causa de l'altra, prestació del servei i abonament de la contraprestació corresponen. Una autorització és limita a exercir un control administratiu previ al exercici de l'activitat sobre la qual en cap cas l'administració tindrà potestat sobre ella. No tindrà capacitat per exigir-li la prestació del servei ni tampoc l'adjudicatari podrà exigir-li la contraprestació conseqüentment, l'autorització és un acte el qual no implica un intercanvi patrimonial¹⁰¹. A més de que

¹⁰¹ (LAGUNA DE PAZ, 2006)

en l'autorització el consentiment del interessat és manifesta quan presenta la sol·licitud i el qual no és constitutiu de cap *relació jurídica* com si ho és el *negoci jurídic contractual*. Per exemple, l'autorització de funcionament (Art. 68 LLSSCAT) implica l'exercici d'una activitat per temps indefinit en conseqüència neix un relació permanent¹⁰², un vincle jurídic estable entre l'autoritzat i l'administració amb la finalitat de protegir el interès general tutelat de qualsevol vicissitud i de circumstàncies que pugui produir-se al llarg del temps i que no es poden percebre o intuir en el moment d'atorgar el permís.

S'ha vist com en el concert social l'administració com a tal manté les seves facultats o prerrogatives exorbitants que li atorguen el privilegi de decisió unilateral i executòria sobre el seu compliment (perfeccionament; mode, temps i forma de les prestacions etc), la interpretació, la modificació i l'extinció¹⁰³. És cert que aquest poder no resulta del propi de la figura contractual sinó que és rau de la potestat d'autotutela pròpia de l'Administració. Però aquesta facultat de l'administració en seu de contractes públics és justificada en l'objecte, el servei públic d'interès general la prestació del qual és responsabilitat de l'Administració, per aquest motiu, amb totes la seva potestat ha de poder dirigir, inspeccionar i controlar la seva prestació en tant que no es pot desentendre de la marxa dels serveis que són de la seva titularitat o competència. L'administració no pot renunciar a la seva competència però si que pot establir una col·laboració privada en el seu compliment, és a dir, pot externalitzar la seva gestió preservant en tot cas la titularitat pública del servei. Per exemple, en la concessió de serveis públics cedeix el Dret d'Explotació però no la seva titularitat. Causa que també es plasma en el concert social. Ara bé, per moltes prerrogatives que gaudeixi l'administració, no suposen aquestes, altera les regles de fons de contingut obligacional en tant que a canvi d'adquirir la prestació del servei a d'abonar una contraprestació. El DLL qualifica la

¹⁰² Es podria defensar la idea de que el concert social fos un conveni de col·laboració (Art 6 LCSP) i que en lloc d'haver una relació jurídica obligacional hi ha una relació de col·laboració entre entitats. Malauradament aquesta tesis acabaria caient pel seu propi pes ja que només deixaria de ser un contracte públic quan l'objecte que regulen no esta compren en l'àmbit dels contractes regulats en la LCSP(Art. 6.2 LCSP).

¹⁰³ STC 84/2015 de 30 d'abril del 2015 declara el tribunal que *alcance de las prerrogativas de que goza la Administración en este tipo de contratos, en los que no existe igualdad entre las partes, a la vez que establecen límites a la libertad de pactos, es decir, a la discrecionalidad de los gestores públicos a la hora de diseñar los contratos, todo ello en aras de garantizar los fines institucionales de carácter público que con ellos se trata de realizar. Esto es, precisamente, lo que caracteriza los contratos administrativos y los distingue de los contratos privados.*

disposició dinerària atorgada a l'entitat proveïdora del servei com *contraprestació econòmica* ¹⁰⁴ ja que no es pot negar la seva naturalesa pel fet de que la quantia d'aquesta és limitat al cost del servei sense incloure el benefici industrial, tal i com estableix la jurisprudència del TJUE.

Així doncs el concert social és un negoci jurídic bilateral entre l'Administració pública (poder adjudicador) i una entitat privada (operador econòmic) el qual es basa en un intercanvi recíproc de prestacions en que cadascuna d'elles és causa de l'altra, és a dir, té caràcter sinal·lagmàtic i oneros. Té per objecte prestacions personals de caràcter sanitari o social de responsabilitat pública (Art. 2 DPGCS i Art 2 ORDEN)¹⁰⁵ pels quals l'Administració manté la seva potestat de direcció, en tant que determina l'abast de les prestacions a favor dels administrats podent dictar instruccions i ordres (Art. 9 DPCSP i Art. 6 ORDEN); inspecció i control (Art. 27 DPGCS i Art. 20 ORDEN) en tant que l'administració ha de poder verificar el compliment de les condicions exigides i si s'escau, davant el incompliment podrà optar indistintament amb l'establiment de penalitats o resolució del concert. (Art. 8 i Art. 30 DPCS, i Art 22 ORDEN). En aquest sentit es pronuncia el Consell Consultiu d'Andalusia amb el Dictamen 58/2018 de 7 de febre, el Consell del Principat d'Astúries 39/2015 de 27 de febre del 2015 i la Junta Consultiva de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya en l'Informe 14/2013 de 28 de novembre

A despit de, el Consell Consultiu d'Andalusia reconeix que resulta l'acció concertada aragonesa «*claramente no contractual, en el sentido de la jurisprudencia del TJUE*» i en concret cita l'exposició de motius de LAC l'assumpte C-50/14 «CASTA» de 28 de gener del 2016. El litigi versa sobre un acord marc per mitja del qual s'ha celebrat el concert amb una organització de voluntariat. És un negoci que tot i adjudicar-se de forma directa i sense publicitat no es pot excloure el seu caràcter oneros pel simple fet de reemborsar els costos de les despeses. El TJUE dirimeix sobre si la seva celebració suposa una restricció injustificable o innecessària en l'exercici de llibertats fonamentals protegides per mitja de la contractació pública. Tenint en compte que la vida i la salut

¹⁰⁴ També el DPGCS i la ORDEN

¹⁰⁵ L'activitat prestacional pròpia de l'administració, de «servei públic», pot decidir gestionar-lo per mitja del seu propis recursos o bé externalitzar la gestió d'aquest servei al sector privat.

pública es troben en el primer lloc en quan a interessos protegits pels Tractats i per altra part, tant l'equilibri financer com el manteniment per raons de salut pública un servei mèdic i hospitalari equilibrat i accessible, constitueix una raó imperiosa de interès general, en la mesura que contribueix a la protecció de la salut i de la vida de les persones. Dins d'aquestes entren aquelles mesures que garanteixen una accés suficient i una gama equilibrada de prestacions mèdiques de qualitat, aconseguint un control de la despeses, per tant, resulta justificada o necessària la restricció per tant no sen contraria a la normativa de contractació pública, però això no vol dir, que deixi de ser un contracte públic l'acció concertada. La seva naturalesa obligacional contractual¹⁰⁶ continua estant present tot i la llibertat de que disposa, en aquets cas, la CCAA, per a configurar l'organització del sistema de serveis socials ja que, com s'ha dit, no és suficient en canviar el *nom iuris* en tant que la substancia continua sent la mateixa.

Abans d'abandonar la qualificació jurídica de *naturalesa no contractual*, cal obrir el debat sobre si en base a la llibertat d'organització reconeguda en el csd 114 DC 24 els Estat Membres poden decidir si un negoci jurídic esta o no subjecte a les directives o bé correspon al TJUE determinar els elements característics per a considerar un negoci exclòs del règim contractual¹⁰⁷. En primer lloc no es poden interpretar les directives de manera amplia permetent facultats discrecionals als Estats membres que comportin desvitalitzar la finalitat de les directives de coordinació i aproximació de les legislacions nacionals. En aquets sentit el TJUE la Sentència *Orthopädie Schuhtechnik* defensa que és competència del jutge comunitari garantir la coherència interna del acte comunitari en qüestió. Intervenció que ve exigida per la seguretat jurídica que constitueix un principi general de Dret comunitari¹⁰⁸. En darrer lloc i continuant del anterior, el TJUE ja s'ha encarregat d'anar perfilant els aspectes propis del contractes públics: onerositat, interès econòmic, competència, finalitat social, objectius de solidaritat social, cost, beneficis industrial, eficàcia pressupostaria, reserves o prioritats etc i també determina quines prestacions de serveis estan o no subjectes a les directives, com també, quan un

¹⁰⁶ L'Administració té facultat d'exigir-li la prestació del servei prestat a compte seu (Art 8.1 b) LAC) i en el cas de que no compleixi, tot i fer el preceptiu requeriment previ, pot resoldre el contracte per incompliment greu. El mateix passar si l'entitat es negar a prestar a serveis. En tot cas, tot i que la llei expressament no ho diu, s'entén que si l'Administració no abones les quantitats degudes podrà exigir-les a l'administració competent (Art 9.1 LAC)

¹⁰⁷ (MOREO MARROIG, 2017)

¹⁰⁸ STJUE de 11 de juny del 2009 (Ass. C-300/07) «*Orthopädie Schuhtechnik*»

determinat acte és o no contrari al Dret comunitari i quan la garantia de les llibertats europees s'excepcionen.

5 EL CONCERT SOCIAL DE NATURALESA CONTRACTUAL DAVANT LA LCSP

El concert social tal i com esta configurat en les normes autonòmiques no és un formula no contractual, per tant, no queda exclòs del marc normatiu de contractació pública (Art. 11.6 LCSP). Qualificar el tradicional concert com «*concert social*» no és suficient per excloure la seva subjecció a la LCSP si la *relació subjacent* és un relació contractual, entesa com «contracte públic» en el sentit de la jurisprudència, la DC 24 i la LCSP. Dit això, tals negocis jurídics s'han de qualificar i interpretar d'acord amb la seva veritable naturalesa jurídica, sense que el *nomin iuris* fixat per les parts sigui determinant per arribar a la conclusió de que és un negoci exclòs del concepte de contracte públic¹⁰⁹.

S'està davant de normativa autonòmica la qual l'exclou del àmbit d'aplicació LCSP fonamentant la seva capacitat per fer-ho sobre la base de la competència exclusiva en matèria d'Assistència Social que han assumit ens els seus respectius estatuts d'autonomia. El *principi de llibertat d'Administració de les Autoritats públiques* (Csd. 5 i 6 DC 24) s'interpreta de forma extensiva per les comunitats autònomes ja que sobre la base dels Art. 9.8 CE i l'Art 148.1.20º CE amb les respectives disposicions normatives dels Estatuts d'Autonomia fonamenta la seva capacitat per configurar l'organització del sistema públic de serveis socials sense tenir en compte que tal llibertat es predica sense perjudici del sistema competencial intern de cada Estat Membre. En conseqüència no és una llibertat il·limitada per la qual cosa s'afirma que el seu final es troba al punt previ a la ingerència d'una altra competència, com és la matèria de contractació i concessions administratives (Art 149.1.18º CE)¹¹⁰.

¹⁰⁹ Dictamen 58/2018, de 7 de febre, Consell Consultiu d'Andalusia i en aquets mateix sentit el Dictamen 39/2015 de 27 de febre del Consell Consultiu del Principat d'Astúries.

¹¹⁰ L'Estat és el competent per a desenvolupar la normativa bàsica en matèria de contractació administrativa li correspon regular els *actes de preparació i adjudicació*, com els que disciplinen els *deures o drets de les parts* ja que aquests garanteixen el principi de llibertat d'accés a la licitació, la publicitat i la transparència dels procediments, i la no discriminació i la igualtat de tracte, i asseguren, en relació en l'objectiu d'estabilitat pressupostaria i control de despeses, una eficient utilització dels fons

Aquelles comunitats autònomes que qualifiquen el Concert social com de *naturalesa no contractual*, qualificació lingüística i no jurídica, ignoren que el competent per a excloure'l únicament és el legislador estatal. En la resta de casos en que es concep com una *modalitat diferenciada* de la formulada contractual, implicaria afirmar la seva veritable naturalesa però les CCAA s'extralimiten del seu abast competencial en tant en quan regulen actes de preparació, adjudicació, drets i deures, així com, els efectes, el compliment i l'extinció del concert, aspectes formals i materialment bàsics. Dit això, el concert social és una forma de gestió indirecta dels serveis públics de caràcter social en tant que s'encarrega a una persona natural o jurídica la gestió del servei en qüestió el qual es competència de l'Administració Pública i la prestació del qual es realitzarà en centres o establiments titularitat de l'entitat prestadora.

5.1. Adaptació del concert social a les figures contractuals vigents

Donat que el legislador estatal no ha fet ús de la possibilitat de reconduir les diferents regulacions del concert social al marc de la contractació pública, proclamant la seva naturalesa contractual, s'ha de encaixar en la LCSP el sistema dibuixat pel legislador autonòmic. Si recordem les prestacions de serveis es poden subscriure via dues fórmules contractuals: la *concessió de serveis* (Art. 15) i el *contracte de serveis* (Art. 17). D'acord amb l'explicat fins ara la delimitació entre els dues figures es troba en *el dret d'explotació*, és a dir, la contraprestació a favor del contractista en el concessió el qual implica la transferència del risc operacional, això vol dir, que aquells casos en que el contractista rep el dret d'explotació, sense assumir el risc operacional, es qualificarà de contracte de serveis. La DC 23 parla de «un riesgo operacional» (Art. 5.1 b) i no *del risc* com si fa la LCSP la qual fa referència al fet de que la transferència pot ser parcial implicant que l'administració assumiria part del risc no quedant totalment deslliurada d'ell¹¹¹. Es reconeix en l'Art 15.1 LCSP quan diu que el dret d'explotació pot anar

públics destinats a la prestació del servei mitjançant l'obligació de definir prèviament les necessitats a satisfer (Art 1 LCSP). En el mateix sentit, les regles sobre els *efectes, compliment i extinció del contracte*, en tant en quan permeten salvaguardar els fins públics. En suma, aquestes es poden considerar materialment bàsiques ja que consisteixen en el mínim comú denominador el qual garanteix la igualtat de tracte entre licitadors i el seu tractament comú davant de les Administracions (SSTC 237/2015 de 19 de novembre del 2015 i 84/2015 de 30 abril)

¹¹¹ (HUERGO LORA, 2018)

acompanyat d'un preu per tant, la transferència no ha de ser substancial sinó suficient però sense ser insignificant.

Dit això, el DLL determina que el concert social gaudirà de finançament públic el qual té per objecte tan sols el reemborsament de les *despeses incorregudes* per la prestació del servei – el mòdul social i si s'escau copagament-, sense incloure el benefici industrial. Quantitats que varien en funció del nombre de usuaris, és a dir, que per tota plaça ocupada el seu cost estarà cobert per l'aportació de l'Administració i, si s'escau, pel usuari. Si recordem implicarà transferència de *risc operacional* quan no té garantit el contractista que en condicions normal de funcionament, recuperi les inversions realitzades ni cobreixi els costos d'explotació del servei. Per tant, la contraprestació no té garantia de recuperar *les despeses de inversió* però s'ha de tenir en compte que serà un contractista que parteixi d'una experiència prèvia, una certa trajectòria i per tant pot tenir un part d'aquestes despeses coberta o bé la seva totalitat.

El risc operacional que suposa una exposició real a les incerteses del mercat aquest impliqui qualsevol perduda potencial estimada en que incorri el concessionari no sent merament nominal o desdenyable. Dit això, el risc operacional implica la transferència del *risc de demanda o del subministrament*, o ambdós. (Cds. 5.1 DC 23 i Art 14.4 LCSP), així doncs, serà major o menor en funció del risc de demanda o d'oferta. Parlem de risc d'oferta tot i que el cds. 5 parla de risc de subministraments per causa del cds. 20 que alhora de definir el risc de subministrament l'inclou dins de la definició del risc oferta: «*riesgo de oferta*» *el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda*. Hi ha un debat obert sobre si el *risc de subministrament* inclou el *risc de construcció i el risc de disponibilitat*¹¹². Aquest últim no apareix en la directiva sinó que són formulats per l'Eurostat en la Decisió 18/2004, i posteriorment són recollits per les normes SEC-2010¹¹³. S'introdueixen a fi de determinar la comptabilització de les concessions i els projectes de col·laboració públic-privat per tal

¹¹² No obstant, tot i no aparèixer en el text final de la DC 23 si que apareixia text de proposta de la Directiva. *Propuesta de Directiva de 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 897 final*.

¹¹³ *New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships (18/2004, de 11 de febrero de 2004) i Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010 (Edition 2016)*.

de que els comptes públics plasmin el veritable valor financer assumit pels Estats, és a dir, determinar si els actius inclosos en l'associació públic-privat (on s'inclou la concessió) s'han de considerar actius no públics, quedant, en conseqüència, fora de balanç¹¹⁴. Dit això, distingeix tres classes de risc: «*risc de demanda*», «*el risc de construcció*» i el «*rics de disponibilitat*», aquest últim és concreta com el risc que cobreix *el volum i la qualitat* de la producció. Es refereix aquells supòsits en que hi ha una gestió defectuosa per la incapacitat del contractista de subministrar la prestació d'acord amb els estàndards de qualitat exigits contractualment que suposa una disminució del volum d'usuaris, o bé aquells casos en que s'exigeix la responsabilitat del contractista pels danys causats amb la prestació. També inclouen en aquest, la possibilitat de que el contractista assumeixi costos addicionals suportats perquè el volum o la qualitat dels serveis no complexin amb allò pactat en el contracte¹¹⁵.

Recordem que els principis que informen el concert social són l'atenció personalitzada i integral, la continuïtat i la qualitat. En relació amb aquesta última, cal tenir en compte que resta obligat a mantenir la acreditació o homologació la qual precisament exigeix acreditar un estàndards de qualitat superiors, i en el cas de que es deixin de complir les condicions, aquesta serà revocada¹¹⁶. A més a més, el concert balear i l'aragonès determinen que el contractista respondrà de tot dany i perjudici que causi a conseqüència de l'execució del concert social, tant si ho realitza per mitjans propis o aliens. L'administració en virtut de seu poder de control i inspecció podrà imposar penaltats als contractista per l'eventual incompliment en termes qualitius i quantitatius. No es pot negar que el proveïdor del servei assumirà el risc de prestar-lo de forma continua d'acord amb les exigències de qualitat i d'atenció personalitzada i integral responnent pels danys i perjudicis causat en l'execució i restant sotmès al principi d'elecció del usuari¹¹⁷. És a dir, el proveïdor del servei assumeix el risc de

¹¹⁴ Informe 9/2016, de 1 de desembre, de JCCA de Catalunya

¹¹⁵ Abans de prosseguir, es necessari deixar clar que el risc operacional no inclou els riscos vinculats a la mala gestió, als incompliments del contracte per part del operador econòmic o situacions de força major, en tant que aquests són inherents a tot contracte del sector públic, ja que s'inclouen dins del principi de risc i ventura.

¹¹⁶ En compliment de la LLLSSCAT es desenvolupa el pla de qualitat de serveis socials de Catalunya

¹¹⁷ Fem el trasllat a un cas real: *el servei residència de la tercera edat*. El contractista assumeix el risc de la pèrdua d'usuaris quan, per exemple, no disposa dels responsables higienicosanitaris, és a dir, del metges i els infermers, la qual cosa tindrà una afectació en la prestació del servei per què resten obligats d'acord amb el fixat en la Cartera a disposar d'aquests professional a fi donar aquest servei als seus usuaris donades les seves característiques. La seva mancança, doncs, generarà una despesa econòmica que no

disponibilitat, ara bé, falta per concretar si aquest s'inclou dins de concepte de risc de subministrament el qual si contempla la DC 23, i si és *significant* per tal de qualificar el concert com a concessió de serveis.

Majoritàriament s'afirma que no s'inclou el *risc de disponibilitat*¹¹⁸ dins del risc operacional en tant que no s'inclou en la definició de la DC 23 i la LCSP, per una banda, suposa afirmar que alhora de discernir si hi ha translació del risc operacional es basen en aspectes purament terminològics i no en els caràcters específics del servei en tant que en els serveis prestats directament a la persona el contractista assumeix el *risc vinculat al manteniment del servei en determinades condicions qualitatives i quantitatives*. I d'altra banda, suposa afirmar que les normes comptables resulten alienes a la contractació pública donada la seva naturalesa quan en si tot recau dins de la mateixa administració pública, havent de tenir tot coherència.

Ara bé, a favor de la seva inclusió, tant el risc de construcció com el disponibilitat, depenen de factors aliens a la gestió del contractista, per tant, suposen una *exposició real a les incerteses del mercat*, criteri que si recull la DC 23. De igual forma el risc de subministrament és definit en la directiva com risc de que *la prestació no s'ajusti a la demanda*. Així doncs, constitueix *risc de subministrament*, el fet de no poder prestar els serveis per no complir les condicions de qualitat exigides, no poder cobrir l'atenció requerida pels usuaris per manca de recursos tècnics o professionals i materials i, els danys i perjudicis causats per l'execució del contracte tant als usuaris com al professional laboral. Tots aquests seran costos d'inversió i explotació dels quals no tindrà garantida la seva recuperació. En d'acord amb aquesta opinió s'afirma que el concepte de «risc operacional» de la DC 23 s'ha de interpretar de manera amplia i omnicomprendiva sobre la base dels riscos vinculats a la incertesa del mercat d'acord

tindrà coberta ja que igualment haurà de prestar el servei tot i que no disposi de tal personal. També en el cas de que no pugui oferir el seu servei de manutenció o bé el subministrament de medicaments per manca de personal o per algun desperfecte en les instal·lacions. Finalment, haurà de compensar els danys causats als usuaris en la prestació del servei, per exemple, si un usuari s'escapa del centre i pateix un accident mentre està fora.

¹¹⁸ Òrgans consultius de contractació i Tribunals de recursos especials en matèria de contractes del sector públic

amb les característiques del serveis i cal tenir en compte que la DC 24 com la DC 23 recalquen el caràcter especial dels serveis socials¹¹⁹.

En el Dret italià, El *Codice dei Contratti pubblici*¹²⁰ per contra, si que inclou dins del concepte de risc operacional, el risc de construcció i el de disponibilitat.¹²¹ En concret, a Itàlia es configura la figura de la «*concessioni di servizi fredde*» la qual opera quan el risc operacional al costat del risc demanda coincideix amb el risc de disponibilitat¹²² d'acord amb la nomenclatura del Eurostat i el contractista es remunera exclusivament per l'administració adjudicatària¹²³. Així doncs, es pot veure que el risc disponibilitat pot ser determinant alhora de qualificar un negoci jurídic contractual en atenció a les característiques pròpies del servei, en tant que, no s'indemnitza al prestador del servei les despeses vinculades al compliment dels requisits de qualitat imposats ni per les pèrdues que sofreixi per la pèrdua d'usuaris. Tant mateix són uns serveis que parteixen del pressupòsit de que ja estan en funcionament, de que tenen l'afluència d'uns cert usuaris, a més de que, l'administració els garanteix una certa continuïtat d'usuaris en funció de les places i la llista d'espera, de manera que risc de demanda es veu disminuït. Donat que el risc operacional, és un risc econòmic, vinculat a la retribució del contractista, la qual pot compren en principi el cost del servei però s'ha de tenir en compte que és una quantia fixa, per tant, pot donar-se que no cobreixi el cost total. Finalment s'afirma que el concert social és qualificarà de concessió de serveis d'acord amb l'Art. 15 LCSP i li serà d'aplicació el règim previst en els Art. 284 i ss de la mateixa. En aquets sentit, en part coincideix la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya en tant que admet que és possible que el risc de disponibilitat s'inclogui dins del risc operacional quan la falta de disponibilitat es aliena a factor externs del propi contractista.

¹¹⁹ (EZQUERRA HUERVA, 2018)

¹²⁰ Norma que en el Dret Italià equival a la nostra LCSP

¹²¹ L'Art 3 del *Codice dei Contratti pubblici* defineix en primer lloc la concessió de serveis (Art. 3 vv), seguidament el risc operacional (Art. 3 zz) per a després descriure les subclasses de risc: aaa) *rischio di costruzione*; bbb) *rischio di disponibilitat* i ccc) *rischio di domanda*

¹²² El risc de disponibilitat esta definit en el *Codice Art. 3 lett.bbb*) com «*il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*».

¹²³ (RAGANELLI, 2018)

Un cop qualificat contractualment el concert social faltarà resoldre dos aspectes claus del concert davant el règim previst en la LCSP, en primer terme, l'adjudicació directa amb preferència o reserva a favor de les entitats sense ànim de lucre i en segon terme les *clàusules d'arrelament territorial*.

5.2. El principi de concurrència i l'adjudicació directa

En relació amb l'adjudicació directa a favor de determinades entitats, partint en primer lloc, des de la perspectiva europea, en la sentència «Spezzino»¹²⁴, entre altres¹²⁵, el TJUE recorda que adjudicar un contracte sense cap transparència a una entitat situada en l'estat membre del poder adjudicador constitueix una diferència de tracte en perjudici de les empreses situades en altres Estats Membres que poden estar interessades en ell, per tant, aquesta constituirà una discriminació indirecta sempre i quan no estigui justificades per «circumstàncies objectives». El quid de la qüestió consisteix en saber quan concorren aquestes circumstàncies. S'ha de tenir en compte que la salut i la vida de les persones es troben en el primer lloc dels bens i interessos protegits pels Tractats i que correspon als Estats membres decidir quin nivell de protecció de la salut pública pretenen assegurar i de quina manera ha d'assolir-se aquest nivell. En el marc de la facultat d'apreciació de la que disposen per decidir el nivell de protecció de la salut pública i d'organització del sistema de seguretat social, el recurs a les organitzacions de voluntariat de forma prioritària i directa sense cap tipus de transparència s'ha de justificar per la persecució de la finalitat social del servei i ha de contribuir a controlar els costos relacionats amb aquets servei. Per tant, concurrent aquestes *circumstàncies objectives* poden excepcionar les regles de concurrència quan el contracte de prestacions personals de caràcter sanitari o social contribueix efectivament a la *finalitat social* i a la *consecució dels objectius de solidaritat i d'eficàcia pressupostaria* del sistema. Aquets respecte vol dir que les organitzacions no persegueixen cap altre objectiu diferent del anterior, per tant, no han d'obtenir cap benefici pel fet de realitzar

¹²⁴ El litigi versa sobre una normativa nacional la qual preveia que els serveis de transport sanitari s'adjudiqués de forma directa a organitzacions de voluntariat per mitja d'un acord marc que preveia el reemborsament dels costos fixos i de caràcter durador. En primer lloc el tribunal admet la compatibilitat del acord marc i dels convenis a les normes europees de contractació pública, més enllà dels aspecte de que l'única transferència financera que es previa a favor de les organitzacions de voluntariat, el reembossament de les despeses en que hagués incorregut.

¹²⁵ SSTJUE de 17 de juny de 1997, (Ass. C-70/1995) «Sodemare», de 11 de desembre del 2014, de 28 de gener del 2016, (Ass. C-50/14) «CASTA». Em remeto als resums d'aquestes que fa el Consell Consultiu d'Andalusia, en el dictamen 58/2018, de 7 de febre. (Annex Jurisprudencial 8.1)

prestacions, independentment del reemborsament dels costos variables, fixes i permanents necessaris per al subministrament ni proporcionin cap beneficis als seus membres.

Com es sabut que la contractació pública es sustenta sobre la base del principi de lliure concurrència, el qual té com a manifestació, el principi de publicitat i transparència però això no impedeix que no admeti excepció. Aquesta ve reconeguda per la jurisprudència, doctrina que es plasma en les noves Directives, en concret, L'Art 77 DC 24 el qual introdueix la possibilitat de *reservar el dret de participació* en el procediment d'adjudicació de «contractes públics» exclusivament en el cas de serveis socials, culturals i de salut a favor de determinades organitzacions¹²⁶ per determinats serveis que expressament i amb caràcter tancat cita el present precepte. Així doncs ja és la pròpia directiva la que autoritza aquesta excepció en tant en quan les condicions que han de complir les organitzacions per accedir-hi es fonamenten sobre el principi de solidaritat i eficàcia pressupostaria, és a dir, per elements objectius d'una activitat d'interès general¹²⁷.

L'Art 77 DC 24 parla de «contracte públic» entén que no serà aplicable a les respectives formules no contractuals i, per tant, tan sols a les figures que com a tals preveu la normativa de cada estat. La DA 48ª LCSP la qual estableix la facultat d'establir una reserva en certs *contractes de serveis socials, culturals i de salut*, comprenen contractes públics que tenen per objecte serveis socials, culturals i de salut. L'apartat 1 de la mateixa parla de *contractes de serveis de caràcter social, culturals i de la salut*. Sembla que per la seva formulació només sigui aplicable als contractes de serveis (Art 17 LCSP). Ara bé, per afirmar que tan sols aquests serveis es poden subscriure per mitja d'un contracte de serveis cal abans negar la translació del risc

¹²⁶ S'exigeix a les organitzacions per a ser titular de dret de reserva han de complir les següents condicions: a) *que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1*; b) *que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación*; c) *que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas*, y d) *que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes*

¹²⁷ Apt. 64 i 65 de la STJUE CASTA (Annex Jurisprudencial 8.1.3)

operacional tal i com s'ha definit anteriorment d'acord amb el risc de disponibilitat, sense oblidar que les prestacions taxades en la DA 48º, que són les mateixes del Art 77 DC 24, en concret, la 85323000-9, de manera genèrica es refereix a *serveis socials*.

La normativa autonòmica que fixi aquesta reserva a favor de les entitats d'iniciativa social d'acord amb l'informe 1/12 de la JCCA no s'extralimita del seu àmbit competencial ja que la possibilitat de reserva ha de venir fixada per la llei bàsica en tant en quan la forma d'adjudicació es considera formal (DF 1º) i materialment bàsic¹²⁸, sempre i quan les entitats compleixin les condicions requerides¹²⁹. En l'eventual cas en que s'admetés tan sols l'aplicabilitat de la reserva en els contractes de serveis, la llei preveu un altre mecanisme per tal d'afavorir aquestes entitats. L'Art 65.1 LCSP permet exigir com a **aptitud per a contractar**, quan la normativa ho prevegi, requisits relatius a la seva organització, a la destinació dels seus beneficis, els sistema de finançament i altres¹³⁰. En aquest cas, seria convenient que l'eventual futur Decret de Concertació Social preveges una homologació, per diferenciar-ho de la acreditació exigida en l'Art 70 i ss LLSSCAT, a fi d'establir tals requisits complementaris o addicionals als establerts en caràcter general per a tota contractació amb el sector públic (Art. 65.1 primer paràgraf).

5.3. Preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre

Faltarà determinar la viabilitat de la preferència a favor de les entitats d'iniciativa social quan existeixin anàlogues condicions d'eficàcia, qualitat i rendibilitat social prevista tant el concert social català com en el balear. S'entén que tal preferència tindrà aplicació en el moment de selecció, és a dir, un cop davant l'examen de les determinades ofertes, en el moment d'aplicar els criteris. A favor de la seva previsió, s'ha de tenir en compte, la jurisprudència del TJUE admet l'adjudicació directa amb

¹²⁸ No s'ha d'oblidar en tant que constitueix una excepció a la lliure concurrència, aquesta, s'ha de interpretar-se de forma restrictiva.

¹²⁹ *Conseqüentment als efectes de la LCSP es considera entitat d'iniciativa social aquelles que a) tenir per objecte una missió de servei públic relacionada amb la prestació del servei en qüestió; b) reinversió dels beneficis a fi d'assolir els objectius de l'organització i c) estructures de direcció o propietat de la organització que executa el contracte es baso en la propietat dels treballadors o principi de participació.*

¹³⁰ El precepte es remet a la «normativa aplicable» en tant que serà aquesta la que haurà de justificar per raons objectives l'establiment d'aquestes requisits. Donat el marc en que ens movem, aquests, correspondrà a la normativa autonòmica en matèria de serveis socials. Cal tenir en compte que les *aptituds* per a contractar són formal i materialment bàsiques per la qual cosa només es competent el legislador estatal per a modificar-les o introduir-ne de noves (STC 84/2015 de 30 d'abril del 2015)

una preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre sempre que concorrin «circumstàncies objectives», i també que hi ha normativa no només autonòmica sinó també estatal que fomenta les entitats del Tercer sector, les quals es caracteritzen per l'absència d'ànim de lucre¹³¹. Ara bé, donat que el concert social té naturalesa contractual, aquesta preferència s'ha de fer en consonància amb el seu marc normatiu.

En el règim de concertació destaca per les mesures com l'arrelament de la persona a l'entorn d'atenció social i la presència prèvia en la zona on vagui a prestar el servei¹³² les quals suposen un tracte a favor de les entitats del tercer sector tenint en compte les característiques d'aquestes entitats¹³³. Si recordem el concert social català admet la possibilitat d'establir mesures de discriminació positives, no obstant, s'ha de tenir en compte l'Art 3 LGUM estableix que tots els operadors econòmics tenen els mateixos drets dins del territori nacional, sense discriminació per raó de residència o establiment, més concretament, es considera discriminatori tot requisits que suposi per l'adjudicació del contracte públic, basar-se directa o indirectament, en el lloc de residència o establiment del operador econòmic¹³⁴.

Tant la Jurisprudència europea com el TACRC i la JCCA amb caràcter general consideren que són nul·les les previsions en els plecs que impedeixen la participació en les licitacions o en la obtenció d'avantatges injustificats en la valoració de les ofertes, si tals és fonamenten tan sols en raons d'arrelament territorial. En aquets sentit, Informe

¹³¹ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, per exemple, Art 3, 16, 36.

¹³² (GARRIDO JUNCAL, 2015) també considera que l'haver «d'acreditar la disposició de mitjans i recursos suficients per a garantir el compliment de les condicions previstes en l'acord de formalització del concert» suposa un requisits discriminatori en tant que es basa directa o indirectament en el lloc de residència o establiment del operador.

¹³³ Són entitats que formen part i sorgeixen de la societat civil, mantenint-se en ella, és a dir, tenen un vincle i compromís amb el territori i amb les persones, famílies, col·lectius i grups que són destinataris de la seva activitat o inclús estan constituïdes pels propis. Es dirigeixen les seves activitats a la col·lectivitat propera al terme municipal dels mateixos usuaris.

¹³⁴ La pròpia llei ja estableix 4 classes de requisits en l'Art 18 LGUM: 1r que l'establiment o el domicili social estigui en el territori de l'autoritat competent, o que disposi d'un establiment físic dins del seu territori. 2n que l'operador hagi residit o operat durant un determinat període de temps en el territori esmentat.

3r que l'operador hagi estat inscrit en registres del territori esmentat. 4t que el seu personal, els que en tinguin la propietat o els membres dels òrgans d'administració, control o govern resideixin en el territori esmentat o compleixin condicions que directament o indirectament discriminin les persones procedents d'altres llocs del territori. 5è que l'operador hagi de fer un curs de formació dins del territori de l'autoritat competent. En aquets mateix sentit, l'Art 126.1 LCSP.

de la JCCA indicava que «*el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público*». Amb tot, doctrina del TJUE per a que una mesura nacional pugui obstaculitzar les llibertats fonamentals, no ha d'aplicar-se de manera discriminatòria, ha d'estar justificada per raons imperioses de interès general, ha de ser adequada per garantir la realització dels objectius que es persegueixen i que no ha d'anar més enllà del necessari¹³⁵. Així doncs, i davant d'aquestes clàusules que amb caràcter general suposen una limitació a la lliure concurrència i a la llibertat d'accés, ha d'estar justificades d'acord amb la naturalesa del contracte i en les necessitats ha satisfer per la qual cosa haurà de passar un judici de proporcionalitat¹³⁶. En aquest sentit, la Resolució 101/2013 TACRC va considerar que l'exigència d'arrelament territorial «*Delegaciones de Zona*», seria admissible com a compromís d'adscripció de mitjans inclosos en el plec de clàusules administratives particulars o bé com a condició d'execució de contracte en el plec de prescripcions tècniques en tant que aquestes trobarien justificació en el principi de proporcionalitat, tenint en compte, l'objecte el import del contracte, així com els principis de concurrència, igualtat i no discriminació propis de la contractació. A causa de que el fet d'exigir-se com a criteri de solvència o criteri de valoració de les ofertes suposa colcar a uns licitadors en una posició avantatjosa respecte la resta ja que la solvència té efecte sobre la concurrència en la licitació i el criteri de selecció implicarà que obtingui una major puntuació. Així doncs, tant la jurisprudència del TJUE com el TACRC no la qualifiquen de discriminatòria de forma automàtica sinó que ha de valorar-se la seva vinculació amb l'objecte de contracte. Tenint en compte la doctrina fixada pels Tribunals, les clàusules d'arrelament territorial no presenten conflictivitat quan es preveu com un compromís d'adscripció de mitjans inclosos en el plec de clàusules administratives particulars o bé com a condició d'execució de contractes en el plec de prescripcions tècniques, però no vol dir això que no es puguin establir com a criteri de selecció sinó que s'ha de justificar-se en base la naturalesa del contracte i la necessitat ha satisfer per la qual cosa haurà de passar un judici de proporcionalitat¹³⁷ i aquí es podria sumar la jurisprudència del TJUE a favor de

¹³⁵SSTJUE del 27 d'octubre del 2005 (Ass.C-158/03) «Comissió/Espanya»; 27 d'octubre del 2005 (Ass.C-234/03) «Contse» i Sentència del 6 de novembre del 2003 (Ass.C-243/01) «Gambelli»

¹³⁶ Resolución TACRC nº 426/2017

¹³⁷ Resolución TACRC nº 426/2017

l'adjudicació directa amb preferència a les entitats sense ànim de lucre però també s'ha de tenir en compte que hi ha jurisprudència com la STJUE «*Quirón*» que no les admet.

Dit això i tenint en compte que s'ha d'actuar en el marc de la LCSP, l'Art 132.1 que estableix amb rotundament que no es pot limitar la participació per la forma jurídica o l'ànim de lucre, prohibició que tan sols s'excepciona en la reserva prevista en la DA 4º, és a dir, a favor de *Centros Especiales de Empleo de iniciativa social i a empresas de inserción reguladas*. Conseqüentment no es pot fixar cap condició que afavoreixi a les entitats sense ànim de lucre que suposi limitar la *participació* en el procediment d'adjudicació, i no esta excepcionada aquesta regla per la reserva de la DAº 48 en tant que s'entén que no tan sols es vol beneficiar a les entitats sense ànim de lucre sinó també a les entitats d'economia social.

Per una banda hi ha la doctrina fixada pel TJUE¹³⁸ on s'admet l'excepció de la concurrència davant l'adjudicació directiva a favor de les entitats sense ànim de lucre, sempre que tal previsió estigui justificada per circumstàncies objectives i que realment aquest sistema contribueixi efectivament aquets principis. Sobre aquesta tema, en l'àmbit estatal trobem la Sentència del Tribunal Constitucional, 30 d'abril de 2015, la qual resol el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra els Art. 62 i 63 de la *Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas* de la CCAA de Madrid, llei que modifica l'Art 88.2 de la *Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid*. En concret l'Art 63 sosté que *cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Real Decreto Legislativo 3/2011, podrá ofrecerse preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud*. Veiem doncs un exemple similar al exposat el qual s'ha d'enfrontar davant el test de constitucionalitat espanyol.

El Tribunal en primer lloc recorda que el Dret Europeu no és cànon de constitucionalitat ja que no s'integra en virtut del Art. 96.1 CE en les regles de

¹³⁸ SSTJUE de 17 de juny de 1997, (Ass. C-70/1995) «*Sodemare*», de 11 de desembre del 2014, de 28 de gener del 2016, (Ass. C-50/14) «*CASTA*». Em remeto als resums d'aquestes que fa el Consell Consultiu d'Andalusia, en el dictamen 58/2018, de 7 de febre. (Annex Jurisprudencial 8.1)

constitucionalitat sota el qual s'han d'examinar les lleis a fi de resoldre el conflicte infraconstitucional ja que no s'està davant d'un litigi sobre la inconstitucionalitat de la llei front la legislació europea. Dit això, resol sobre si la preferència és conforme o no a la legislació estatal bàsica partint de la base que l'Art 1 TRLCSP el qual estableix el principi d'igualtat de tracte entre els candidats i la selecció de la oferta resulta ser materialment bàsic. Estableix que la preferència ha d'obeir totes i cadascuna de les regles de la TRLCSP, en concret, les de capacitat de contractar i les de solvència, per tant, s'haurà de interpretar conforme amb elles.

Sosté que les regles que regeixen la *capacitat* parteixen de la no discriminació per raó de nacionalitat per la qual cosa es necessari establir els mitjans necessaris per acreditar tals extrems de manera que permeti concorre en igualtat de condicions a tots aquells que presenten els mateixos requisits de solvència econòmica i financera. En aquets sentit s'impedeix establir condicions de solvència alienes a la capacitat de l'empresari per a desenvolupar l'objecte de contracte públic. S'entén que tot i tenir la mateix solvència econòmica i tècnica, el fet d'establir unes condicions que tan sols poden reunir unes determinades persones jurídiques, genera l'efecte d'excloure licitadors tant nacionals com estrangers. Precepte conforme amb l'establert amb l'Art 132 LCSP.

Sobre l'establiment d'aquesta preferència com a criteri de selecció i adjudicació, el Tribunal recorda l'Art 150 TRLCSP (actual Art. 145 LCSP) el qual té caràcter obert, i permet tenir en compte les característiques de l'oferta en atenció a les exigències de caràcter social, la seva interpretació sistemàtica ha de consentir concloure que els criteris de valoració establerts estan relacionats amb les condicions de l'oferta realitzada, condicions que tots els licitador admesos al procediment de licitació, han de poder oferir. Conclou finalment que la preferència es contraria a la legislació bàsica.

La doctrina del fixada pel TC determinar que «la preferència» si es fixada com a *capacitat* per a contractar, requereix que les condicions de solvència es fonamentin en la capacitat de l'empresari per a desenvolupar el objecte del contracte i com a criteri de *selecció* ha d'estar necessàriament relacionats amb les condicions de l'oferta. Per tant, haurà d'haver una forta justificació sobre tal establiment. En suma, la pregunta sobre la

preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre la resposta a donar és que en l'estat actual del Dret la preferència no ha de suposar mai una limitació a la participació (Art 132 LCSP) i s'admetrà en principi la seva fixació, respectant el marc legal bàsic, d'acord amb la interpretació del Tribunal. Cal afegir, que fixar-ho com un criteri de selecció si bé no suposa limitar la participació directament, indirectament si que s'afirma la seva incidència perquè el caràcter d'ànim lucre tindrà un puntuació rellevant alhora d'adjudicar el contracte sense basar-se amb el caràcters de la oferta a més de que opera quan es donen anàlogues condicions i no idèntiques condicions en tant que davant de la igualtat d'ofertes la llei si que admet com a criteri de desempat la preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre (Art 147.1 LCSP) ja que els participants en el procediment es troben en idèntiques condicions. Si que es cert que la jurisprudència del TJUE afavoreix a les entitats sense ànim de lucre, malgrat això, i d'acord amb la mateixa, els Estats Membres gaudeixen d'àmplies llibertats, i en exercici d'aquesta el legislador estatal amb l'aprovació de la LCSP opta per establir aquesta prohibició. Quan el legislador autonòmic fixa la preferència com a criteri de selecció donat que és un aspecte bàsic suposa una interferència de competència però si el fixa com a criteri desempat donat que si ho admet la disposició bàsica, seria conforme al repartiment competència dibuixat per la CE.

Així doncs, l'adjudicació dels contractes tenint en compte el marc normatiu dibuixat per la LCSP, es realitzarà en base a una pluralitat de criteris, sobre la base de la qualitat-preu (Art 145.1 LCSP), no podent ser determinant el preu (Art. 154.3 g) LCSP) i podent fixar criteris social (Art 145.1.1º i 2º LCSP). S'admet la possibilitat de que el poder adjudicador en el moment d'establir els criteris d'adjudicació faci referències aspectes com: *la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos* (DA 47º LCSP). Són en si criteris que afavoreixen a tota entitat d'iniciativa social, i que són conformes amb els criteris fixats per les legislacions autonòmiques en les normatives de concertació social. Dit això, la preferència a favor

de les entitats sense afany de lucre es podrà aplicar quan es produeixi un empat en els termes fixats en l'Art 147 LCSP.

FDDE

6 CONCLUSIONS

El que han posat de relleu les respectives normatives autonòmiques sobre el concert social és la necessitat d'adequar les formes de gestió a les característiques pròpies del serveis socials en tant que aquests és caracteritzen per donar una resposta integral i continuada a les necessitats personals, familiars i socials fonamentant-se en l'atenció personalitzada mitjançant la valoració integral de la situació personal, familiar i comunitària del usuari; per tal d'assolir la qualitat exigida per donar efectiva cobertura a tals necessitats s'aplicaran criteris d'avaluació de la qualitat dels programes, de les actuacions i de les prestacions, prenen com a referència el concepte de qualitat de vida. A més, de que s'han de prestar en l'àmbit més proper als usuaris a través de mitjans habituals, evitant la separació de les persones en llur unitat de convivència i comunitat. El fet de que la normativa de contractació pública estigui presidida per la lliure concurrència, la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, i la seva rigidesa ha causat que els respectius legisladors autonòmics hagin tingut que adoptar normativa específica per adequar la gestió. Ara bé, no és fonamenten en va ja que tal flexibilització de les regles de la contractació del sector públic en primer terme ve reconeguda per la jurisprudència del TJUE i posteriorment per les Directives europees del 2014.

El Dret de la UE sobre aquesta matèria recorda als Estats Membres, que en el marc de la seva facultat, poden lliurement organitzar la gestió en atenció a les especialitats que presenten aquests ja que ell no suposarà un impediment per fer-ho en tant que entén que són serveis que presten en un context particular que varia molt d'un Estat Membre a un altre, i que presenten unes característiques específiques donat que cobreixen necessitats bàsiques i especials de la població. Per aquest motiu el legislador europeu augmentar el valor a partir del qual es considerarà un contracte SARA i si això no fos suficient, sí en l'eventual cas, el seu valor fos superior aquest, el règim que li seria aplicable d'acord amb les directives és molt lax.

En si, el fet de qualificar el concert social com a autorització administrativa, la qual per exigències del csd 114, ha de respectar el principi de publicitat, transparència i no

discriminació, suposa deixar la figura desprotegida dels mecanismes que si esta dotada la contractació pública, com per exemple, la inembargabilitat dels bens, el segrest davant l'incompliment del contractista, el sistema de selecció el qual esta dotat d'unes garanties que no es poden equiparar amb les prives en el concerts, els criteris socials, el sistema de recursos especials etc. L'argument de l'autorització administrativa perd pes pel seu caràcter obligacional de naturalesa sinal·lagmàtic, és a dir, la prestació d'un servei a compte de l'administració a canvi d'una contraprestació econòmica però que si podria admetre's si més no el seu caràcter no contractual el fet d'assignar els recursos directament a les persones usuàries del servei, que és el que coneix com el txec servei¹³⁹, en tant que, es perdia el caràcter obligacional descrit.

Malgrat això, el legislador estatal, a més de no fer ús de la facultat que li reconeix el legislador europeu per tal de regular una règim específic per als serveis a la persona, perd l'oportunitat de reconduir la concertació al marc de la contractació a fi de donar-li un règim supletori que cobreixi els seus buits, la qual cosa seria necessari i no implicaria un esforç major en tant que la flexibilització del règim ja la dibuixada la normativa autonòmica. Hi ha opinions¹⁴⁰ que sostenen que és necessari acabar amb la dispersió normativa i garantir un marc legal i integrador que contempli totes les formes de gestió dels serveis a la persona. No obstant, actualment continuem amb aquets sistema dispers i variat autonòmic que durarà fins que el legislador estatal decideixi regular-ho o bé pot pensar que opta per no regular-ho en tant que li reconeix la competència a les CCAA. Malgrat que no resulta clar aquesta última opció, tenint en compte el marc legal actual dibuixat per la LCSP es pot articular bé una concessió de serveis o bé un contracte de serveis de prestacions a favor de la ciutadania que encaixi amb les particularitats del concert. En aquets punt he considerat qualificar-lo com a concessió de serveis tenint en compte que el risc de demanda i el risc de disponibilitat, incloent aquest últim en el concepte de risc de subministrament (csd. 20 DC 23) tot i que part de la doctrina, òrgans consultius de contractació i tribunals administratius no ho considerin així.

¹³⁹ Idea que aporta i justifica la seva viabilitat d'acord amb el Dret de la UE (ALVAREZ FERNANDEZ, 2015)

¹⁴⁰(MARROIG MOREO, 2017) (GONZALEZ HERNÁNDEZ, 2017)

Així doncs si reconduís el futur Decret de concertació a la LCSP, la seva adaptació seria la següent:

En relació amb el procediment d'adjudicació del contracte s'aplicaria sempre que fos possible la reserva prevista en la DA 48^o, la qual no només resulta favorable a les entitats sense ànim de lucre sinó que també podria ser titular d'aquest dret de reserva les empreses d'economia social en tant que la seva tasca es troba presidida pels principis de primacia de la persona i del fi social sobre el capital, l'aplicació dels resultats obtinguts al fi social objecte de l'entitat i la promoció de solidaritat interna i amb la societat¹⁴¹. És a dir, pel principi de solidaritat i eficàcia pressupostaria. Donat que la reserva tan sols es pot aplicar a determinats serveis socials, de la salut i cultura, quan aquesta no fos aplicable, hauríem d'acudir al *procediment restringit* o bé al *procediment negociat*. Recordem que es pot acotar la classe de participants al procediment mitjançant l'aptitud per a contractar (Art 65.1), exigint requis relatiu a la seva organització, el destí dels seus beneficis, sistema de finançament i altres. Com hem vist, podran ser criteris d'adjudicació, l'experiència, la reinversió dels beneficis i l'establiment de mecanismes de participació dels usuaris. Així doncs, s'han d'adoptar els models de licitació que atenguin, en especial, a la regla de qualitat/preu en tant que són serveis d'interès general els quals estan informats pels principis d'universalitat, solidaritat, eficàcia pressupostaria i adequació.

En relació a quins serveis podran ser prestat en règim de concert social i gestió delegada, d'acord amb l'informe 14/2013 de 28 de novembre dictat per la JCCA de Catalunya i en base als Art. 8.1, 132 i 275¹⁴² TRLCSP seran serveis objecte de concert, aquells serveis la prestació dels quals és competència de l'administració, sempre que siguin susceptibles d'explotació per particulars i, per descomptat, que no impliquin l'exercici d'autoritat inherent als poders públics, i respecte dels quals s'hagi establert el règim jurídic que declari expressament que l'activitat de què es tracta queda assumida

¹⁴¹ Art.4 de la Llei 5/2011, de 29 de març, d'Economia social.

¹⁴² Precepte que fan referència al CGSP i actualment es troba plasmat en l'Art. 284 LCSP referent a la concessió de serveis.

per l'Administració respectiva com a pròpia d'ella; atribueixi les competències administratives; determini l'abast de les prestacions a favor dels administrats i reguli els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei. En concret, en l'àmbit de la Generalitat de Catalunya aquets règim jurídic és recull amb caràcter basic general en la LLSSCAT la qual es desenvolupada pel Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de Serveis Socials 2010-2011, i pel Decret 284/1996, de 23 de juliol, de regulació del Sistema Català de Serveis Socials. Així doncs sembla que seran objecte aquelles prestacions i serveis fixats a la Cartera de Serveis Socials en tant que la seva gestió competeix a la Generalitat de Catalunya.

No obstant, tal afirmació s'ha d'adaptar a la *reserva* en tant que tant sols podran ser objecte d'aquesta *certs serveis socials*. Es cert que el codi 85320000-8 declara expressament «serveis socials», però també d'altres prestacions incloses en la cartera de serveis socials com per exemple, els serveis d'assistència social amb allotjament (85311000-2). Per tant, el dubte ara es centra en que s'entén per «serveis socials» a efectes de la reserva ja que tant l'Annex XIV com l'Art.77 es limita a efectuar una enumeració de les diferents categories de serveis però la directiva com a tal no atorgar una definició completa i sistemàtica de les notes que caracteritzen aquests serveis.

Malgrat això, s'ha de recordar que els Estats Membres, poder lliurement organitzar aquests serveis socials d'interès generals tenint en compte les diferents tradicions culturals. D'acord amb la DC 24 són serveis que es presten a la persones que és caracteritzen, d'acord amb l'expressat per la Comissió Europea, per un elevat nivell de protecció humana, igualtat entre homes i dones, i cohesió social i territorial, caràcters que troben causa en les necessitats que han de satisfer. Definició que trobaria reflex en l'Art 3.1 del Decret 284/1996, de 23 de juliol, de regulació del Sistema Català de Serveis Socials i la LLSSCAT. Així doncs tenint en compte els caràcter que enumera la comissió europea, citats anteriorment, coincidents la majoria d'ells amb els definit amb la LLSSCAT (proximitat, solidaritat, atenció personalitzada, eficiència...) es pot acceptar que totes aquelles prestacions que compleixen aquest caràcter es podrien qualificar de serveis socials. Ara bé, tal possibilitat s'ha de interpretar de manera estricta en tant que ja la pròpia directiva com també LCSP tant sols admeten la reserva per a *certs serveis socials* en tant que s'entén que són mesures nacionals que poden

obstaculitzar el lliure exercici de les llibertats fonamentals, entén també els principis que deriven d'aquestes, i les quals s'han de justificar per «circumstàncies objectives» d'acord amb la jurisprudència del TJUE, com són el principi de solidaritat i eficàcia pressupostaria.

En darrer lloc les entitats que podran participar en el concert social serien aquelles que complexin les condicions fixades en l'Art 77 DC 24 i en la DA⁴⁸ LCSP entre les quals es veurien beneficiades tant les entitats d'economia social les quals no estan presidides pel principi d'absència d'ànim de lucre¹⁴³ com les entitats com les entitats del tercer sector les quals si es caracteritzen per l'absència d'ànim de lucre¹⁴⁴. D'acord amb l'exposat anteriorment, la preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre, tenint en compte el marc normatiu actual, tal previsió no pot implicar una limitació a la participació (Art 132 LCSP). S'accepta que la doctrina fixada pel Tribunal Constitucional no s'oposa a la doctrina del TJUE on s'admet l'excepció de la lliure concurrència a favor de les entitats sense ànim de lucre però també s'ha d'admetre que en el moment en que es pronuncia el Tribunal no hi ha havia un previsió com l'actual Art 132 LCSP. D'acord amb els senyalat anteriorment, tot i que la selecció directament no té incidència sobre la participació tal i com si ho faria la seva fixació com a requisit de solvència, indirectament es pot afirmar la seva incidència perquè obtindria aquest aspecte – l'absència d'ànim de lucre- un puntuació rellevant alhora d'adjudicar el contracte. La viabilitat de la preferència en el marc actual esta sotmesa a una forta justificació havent de passar el test de constitucionalitat en tant que tal preferència no té reflex en la normativa bàsica. Tal mesura s'haurà d'articular com a criteri de desempat (Art 147.1 LCSP).

Finalment tant sols queda apel·lar un cop més al legislador estatal que es pronunciï sobre el concert social, bé reconduint-lo a la LCSP o bé que l'exclouï, no estan a favor d'aquesta opció en tant que la normativa de concertació no té un règim tant desenvolupat com si disposa la contractació pública. Realment es dubta sobre una eventual conducta activa del legislador estatal sobre la concertació social, i mentre duri l'espera d'aquesta, les comunitats autònomes desenvolupen i apliquen un règim per a la

¹⁴³ Art 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

¹⁴⁴ Art 4. lletra c) de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.

prestació d'aquests servies que s'adequa a les seves necessitats, en tant que, si nos fos així, la preferència a favor de les entitats sense ànim de lucre no es podria donar en tant que la competència bàsica en matèria de Contractes i Concessions la disposa l'Estat Central, i d'aquesta forma es pot articular. Amb tot, no és pot afirmar en atenció a la naturalesa jurídica del concert social, l'existència d'un model trimembre per a la gestió de serveis social.

FDE

7 BIBLIOGRAFIA

AGUADO I CUDOLÀ, V. (2012) «El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales». *El marco jurídico de los Servicios Sociales en España* (coord.) EZQUERRA HUERVA, A. Atelier.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M (2015): «La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas Directivas de Contratación y su transposición al Ordenamiento jurídico español». *Revista española de Derecho Administrativo*, n.172 julio-septiembre, pp. 317-362.

BANDRÉS MOLINÉ, E. «La financiación de los servicios sociales». *El marco jurídico de los Servicios Sociales en España* (coord.) EZQUERRA HUERVA, A. Atelier.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (2007): «Sí pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 79 enero- abril, pp.30-46.

EZQUERRA HUERVA, A. (2014): «Los Servicios sociales a la luz de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado». *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado*, (dir.) Alonso Màs, M. J., Wolters Kluwer pp. 785-828.

EZQUERRA HUERVA, A. (2016): «El impacto de la crisis económica en el terreno de los Servicios sociales». *Crisis económica y derecho administrativo: una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica* (coord) per Ezquerra Huerva, A. Aranzadi, pp. 225-270.

EZQUERRA HUERVA, A. (2018): «Contratación para la ejecución y explotación de obres hidràuliques: el contrato de concesión de obra hidráulica y las sociedades estatales de obra hidráulica a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Contratación Pública y Agua*, (coord) Navarro Caballero, T. M. y Ezquerra Huerva, A. Aranzadi.

FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015): «El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas». Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & RAMÓN FERNÁNDEZ, T, (2015): *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas.

GARRIDO JUNCAL, A. (2017): «Las nuevas formas de gestión de los Servicios sociales: elementos para un debate». *Revista Catalana de Dret Públic* n. 55 ~~-(diciembre 2017)-~~pp. 84-100.

GIMENO FELIU, J. M. (2015): «La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales». *Observatorio de Contratación Pública*.

GIMENO FELIÚ, J. M^a. (2015): «Servicios de salud y reserva de participación. ¿Una nueva oportunidad para mejora del SNS?» *Derecho y Salud* vol. 25, pp. 65-85.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2017): «Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.182 enero-marzo, pp..181-221.

HERNÁNDEZ GÓNZALEZ, F.L. (2016): «La controvertida supresión del Contrato de Gestión de Servicios Públicos». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n. 60º abril, pp. 50-57.

HUERGO LORA, A. (2017): «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público» *Documentación Administrativa* n. 4-(2017) pp. 31-51.

LAGUNA DE PAZ, J. (2006): «*La Autorización Administrativa*», Civitas.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017): «Los contratos administrativos de concesión de Servicios y de Servicios a los ciudadanos». *Revista de Administración Pública*, n.204, p.41-68.

LAZO VITORIA, X. (2016): «La figura del “concierto social” tres las Directivas europea de contratación pública». *Observatorio de Contratación Pública*.

MARTÍNEZ- ALONSO CAMPS, J. L. (2018): «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones en especial incidencia en el subsistema local» *Diario del Derecho Municipal*.

MOREO MARROIG, T. (2010): «Los convenios. La distinción entre las tres figures jurídicas: subvención, contrato, convenio». *Auditoría Pública* nº 50 pp. 75-86.

MOREO MARROIG,T. (2017): ««Los Servicios a las persones en la nueva legislación»».
<http://www.administracionpublica.com/>

PEIRÓ BAQUEDANO, A. I. (2017): Recensión del libro «Servicios de Interés General Colaboración Público- Privada y sectores específicos» dirigido por Vera Parisió, Vicenç Agudo i Cudolà y Belén Noguera de la Muela. *Revista española de Derecho Administrativo*, n.188 octubre-diciembre, pp. 335-349.

PEMÁN GAVÍN, J.M^a. (2005): «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general». *Documentación Administrativa* n.271-272 enero-agosto pp.40-79.

PEMÁN GAVÍN, J. M. (2011): «Los centros y establecimientos de Servicios Sociales en España. Una introducción». *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales* (coord.) Ezquerria Huerva. A. Iustel.

RAGANELLI, B. (2017): «Il contratto di concessione come modello di partenariato publico-privatoe il nuovo codice dei contratti» *Amministrazione in cammino*.

SÁEZ ROYO, E. (2003): *Estado social y descentralización política: una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*. Civitas.

VILLAR ROJAS, F.J. (2005): «Formas de gestión de los Servicios Sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios». *Documentación Administrativa*, n.271-272 enero-agosto, pp.390-412.

VILLAR ROJAS, F.J. (2012) «Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales». *El marco jurídico de los Servicios Sociales en España* (coord.) EZQUERRA HUERVA, A. Atelier.

FDE

8 ANNEXOS

8.1. Annexos jurisprudencials

8.1.1. Sentència TJUE de 17 de juny del 1997 «Sodemare» (Ass. C-70/95)

Síntesis

El TJUE s'ha de pronunciar sobre una norma nacional la qual estableix una reserva a favor de les entitats sense ànim de lucre per a prestar serveis assistencials on l'Estat reemborsa els costos de les prestacions sanitàries que ve obligada a prestar l'adjudicatària.

En aquets punt el Tribunal conclou que els Estats Membres tenen la facultat d'organitzar el sistema de la Seguretat Social de tal manera que poden fixar el requisit d'*absència d'ànim de lucre* en l'admissió aquest sistema de prestacions assistencials. No considera que tal requisit sigui contrari als Art. 52 i 58 dels Tractats.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

de 17 de junio de 1997⁽¹⁾

[234s«Libre establecimiento - Libre prestación de servicios -
Residencias de ancianos - Inexistencia de ánimo de lucro»]s

En el asunto C-70/95,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), destinada a obtener en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Sodemare SA,
Anni Azzurri Holding SpA,
Anni Azzurri Rezzato Srl,
en el que participa **Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)**
ASBL,

y

Regione Lombardia,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra g) del artículo 3 y de los artículos 5, 52, 58, 59, 85, 86, 90 y 190 del Tratado CE,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida y L. Sevón, Presidentes de Sala; C.N. Kakouris, P.J.G. Kapteyn (Ponente), C. Gulmann, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet y R. Schintgen, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Fennelly;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- En nombre de Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl, por los Sres. G. Conte y G. Giacomini, Abogados de Génova, y el Sr. G. Tanzella, Abogado de Milán;
- en nombre de la Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL, por el Sr. V. Tavormina, Abogado de Milán;

- en nombre del Gobierno italiano, por el Profesor Sr. U. Leanza, jefe del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, en calidad de Agente, asistido por el Sr. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. J.G. Lammers, juridisch adviseur en funciones, en calidad de Agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. E. Traversa, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Sodemare SA, Anni Azzurri Holding Spa y Anni Azzurri Rezzato Srl, del Gobierno italiano y de la Comisión, expuestas en la vista de 4 de diciembre de 1996;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de febrero de 1997;

dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante resolución de 2 de marzo de 1995, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de marzo siguiente, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, cinco cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la letra g) del artículo 3 y de los artículos 5, 52, 58, 59, 85, 86, 90 y 190 del Tratado CE.
2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un recurso de anulación interpuesto por la sociedad luxemburguesa Sodemare SA (en lo sucesivo, «Sodemare») y por dos sociedades italianas, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl, en primer lugar, contra la letra a) del apartado 3 del artículo 18 de la Legge regionale Lombardia n. 39, de 11 de abril de 1980, sobre organización y funcionamiento de las unidades sociosanitarias locales (*Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* n. 15, de 11 de abril de 1980, 3.º suplemento; en lo sucesivo, «Ley de 1980»); en segundo lugar, contra la disposición n. 2157 de la Regione Lombardia, de 3 de diciembre de 1993, por la que se rechazó su solicitud de admisión en el régimen de concierto para el reembolso de prestaciones de asistencia social de carácter sanitario y, por último, contra el dictamen n. 41, de 7 de septiembre de 1993, emitido por la unidad sociosanitaria local. La Fédération des maisons de repos privées de Belgique intervino en apoyo de las pretensiones de estas tres sociedades.
3. El Decreto italiano de 8 de agosto de 1985 (GURI n. 191, de 14 de agosto de 1985, p. 5727), disposición de orientación y de coordinación de las regiones y de las provincias autónomas en materia de actividades de carácter sanitario relacionadas con las actividades de asistencia social, efectúa una distinción entre las actividades de pura asistencia social directa y las de asistencia social de carácter sanitario. Las primeras incluyen, en particular, las hospitalizaciones en estructuras protegidas

ajenas al sistema hospitalario que sustituyen completamente, aun de forma temporal, a la asistencia familiar. Por su parte, las actividades de asistencia social de carácter sanitario están destinadas directa y primordialmente a la protección de la salud del ciudadano a través de intervenciones de apoyo a la actividad sanitaria de prevención, cuidados y reeducación física y psíquica.

4. Conforme al artículo 6 de dicho Decreto, el concepto de actividades de asistencia social de carácter sanitario puede aplicarse, fundamentalmente, a los ingresos en estructuras protegidas que tienen como actividad principal o exclusiva dispensar cuidados a los ancianos impedidos que no pueden ser atendidos a domicilio. Cuando es imposible separar la intervención sanitaria de la intervención de asistencia social, las regiones pueden suscribir, en el marco de la disponibilidad económica del Fondo sanitario nazionale, conciertos con las entidades públicas o, en su defecto, con entidades privadas.
5. La Legge regionale Lombardia n. 1, de 7 de enero de 1986, sobre reorganización y programación de los servicios de asistencia social (*Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* n. 2, de 8 de enero de 1986, 1.º suplemento; en lo sucesivo, «Ley de 1986»), regula el sistema de los servicios de asistencia social en el territorio de la región de Lombardía. Con arreglo a dicha Ley, la ejecución de este sistema se atribuye a las estructuras directamente gestionadas por los municipios y por las entidades responsables de los servicios locales, así como a las que dependen de otras entidades públicas concertadas a efectos de la Ley de 1980. Igualmente, los operadores privados que gestionan estructuras que reúnen los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980 contribuyen a la ejecución del sistema de asistencia social.
6. Esta última Ley regula en Lombardía el régimen de concierto con las entidades gestoras de las unidades sociosanitarias locales (en lo sucesivo, «USSL») para dispensar prestaciones de asistencia social que incluyen servicios de carácter sanitario. El apartado 2 del artículo 18 de la Ley de 1980 establece que los operadores privados que deseen participar en la programación y organización de los servicios de las USSL deben obtener de la Regione, previa solicitud, la habilitación para suscribir conciertos con las entidades gestoras de las USSL.
7. A tenor del apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980, la habilitación para suscribir conciertos está supeditada, entre otros requisitos, a la inexistencia de ánimo de lucro.
8. Con arreglo al apartado 5 del artículo 18 de la Ley de 1980, el estar en posesión de la habilitación concede el derecho a suscribir conciertos con las USSL. El apartado 10 del artículo 18 establece que los conciertos regularán las relaciones económicas entre la entidad pública contratante y el operador privado, estableciendo también la forma de reembolso de cada prestación con arreglo a tarifas preestablecidas dentro de los límites fijados por los planes regionales de asistencia social y que garantizarán, en cualquier caso, la cobertura de los costes reales.
9. Por otra parte, el artículo 50 de la Ley de 1986 exige, para la gestión de una residencia de ancianos, así como de personas parcial o totalmente dependientes, la

obtención de una autorización de funcionamiento expedida por la provincia en la que se encuentre situada la residencia.

10. De los autos se deduce que el Plan regional de asistencia social vigente en el momento en que se produjeron los hechos que dieron origen al procedimiento principal, en la versión aprobada por el Consiglio Regionale della Lombardia, exige que las residencias de ancianos admitidas en el régimen de concierto se ajusten a normas más estrictas en materia de personal que las que deben respetarse cuando tales residencias están excluidas del régimen. La Regione financia los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario en las residencias concertadas hasta un determinado límite máximo de reembolso por día y residente no autónomo, independientemente de cuál sea el estado de necesidad de este último.
11. Sodemare constituyó una sociedad de capital italiana bajo la denominación Anni Azzurri Holding SpA. Esta última, completamente controlada por Sodemare, es titular de la totalidad del capital social de varias sociedades que explotan residencias de ancianos, entre ellas, la sociedad denominada Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl.
12. El 3 de diciembre de 1992, esta última sociedad fue autorizada para gestionar una residencia de ancianos mediante decreto del Presidente della Provincia di Brescia, de conformidad con el artículo 50 de la Ley de 1986. El 29 de abril de 1993, solicitó a la Giunta Regionale della Lombardia su admisión en el régimen de concierto con las entidades gestoras de las USSL, admisión que le hubiera permitido acogerse a los reembolsos por las prestaciones de carácter sanitario que debe dispensar obligatoriamente a los residentes ancianos no autónomos.
13. Mediante disposición n. 2157, de 3 de diciembre de 1993, la Regione Lombardia desestimó, previo dictamen negativo de la USSL, la solicitud de concierto, debido a que no se reunía el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro previsto en la letra a) del apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980.
14. El órgano jurisdiccional remitente indica que las demandantes en el procedimiento principal, aun estando activas y económicamente sanas, funcionaban por debajo de sus posibilidades reales, en la medida en que el número de camas ocupadas por personas ancianas era sensiblemente inferior al número de plazas disponibles en sus residencias.
15. Por otra parte, observa que la disposición controvertida producía el efecto de reservar esencialmente la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario a las sociedades sin ánimo de lucro. Afirma que el hecho de reservar la financiación pública a estas sociedades tiene como consecuencia cargar sobre los usuarios de los servicios de una sociedad que persigue un fin lucrativo un coste económico al que no deberían hacer frente si solicitaran la misma prestación a una sociedad sin ánimo de lucro.
16. En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunale di Justicia las siguientes cuestiones:

«1) Si, conforme al artículo 190 del Tratado, debe considerarse contraria al Derecho comunitario una normativa nacional que carece completamente de motivación, a pesar de que regula una materia comprendida "en el ámbito de aplicación" de los Tratados comunitarios, con el resultado de que los órganos jurisdiccionales nacionales no aplicarán la norma nacional carente de motivación, únicamente en los casos en que -como parece suceder en el presente asunto- la norma nacional crea una situación de hecho ambigua, en la medida en que mantiene a los interesados en un estado de incertidumbre respecto a sus posibilidades de invocar el Derecho comunitario.

[Se trata de los casos en los que el Estado miembro tiene la "obligación" (que, según la Corte Costituzionale italiana, es una "obligación concreta": véase la sentencia de la Corte Costituzionale de [4 de julio] 11 de julio de 1989, n. 389, en el último párrafo del apartado 4) de eliminar de su ordenamiento jurídico interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario (en relación con dicha obligación de eliminación de normas, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia, 104/86, Rec. p. 1799). El Tribunal comunitario se ha referido a esta obligación "en varias ocasiones"].

2) Si una norma nacional que reserva (de forma inmotivada) a las "sociedades" sin ánimo de lucro la prestación de toda una categoría de servicios, importantes, asimismo, desde el punto de vista económico, es contraria al artículo 58 del Tratado, en la medida en que introduce una distinción estricta entre sociedades con ánimo de lucro y sociedades sin ánimo de lucro.

3) Si los artículos 52, 58 y 59 del Tratado se oponen a una normativa nacional que obstaculiza el ejercicio de una actividad empresarial imponiendo a una empresa establecida en un Estado miembro determinado y que quiera establecerse en otro Estado miembro de conformidad con el Tratado la alternativa entre ejercer la misma actividad de manera no económica -adoptando en este caso formas jurídicas taxativamente indicadas, distintas de las exigidas a efectos del establecimiento- o -si pretende ejercer la actividad de manera económica- asumir el coste de prestaciones que debería soportar el servicio público de sanidad.

4) Si el artículo 59 del Tratado se opone a una normativa nacional que, de acuerdo con modalidades definidas por el ordenamiento interno, dirige a los usuarios de los servicios asistenciales -a los que el propio ordenamiento reconoce la libre elección de prestador- exclusivamente a empresas a las que, sólo en función de su forma jurídica, el Estado reeembolsa los costes de las prestaciones sanitarias que toda empresa autorizada está obligada a dispensar, con la consecuencia de que, por un lado, se canaliza la demanda de servicios hacia determinados prestadores y, por otro, se priva al usuario de una real libertad de elección.

5) Si la letra f) del artículo 3 y los artículos 5, 85 y 86, en relación, en su caso, con el artículo 90 del Tratado, se oponen a la normativa de que se trataque, a través del mecanismo previsto por el ordenamiento interno, permite:

- a) solamente a las empresas que adoptan una forma jurídica determinada dispensar, sin costes a cargo de la empresa, prestaciones que completan los servicios que ofrecen mediante retribución;
- b) a estas mismas empresas, presentarse en el mercado como una categoría de empresas que poseen características cualitativas y cuantitativas similares y, en consecuencia, son consideradas por los usuarios, en gran medida, como una entidad unitaria;
- c) canalizar hacia las empresas a las que se refiere la letra b) la demanda de prestaciones de servicios en el sector de la asistencia a ancianos;
- d) imponer a las empresas la obligación de dispensar, a su cargo, prestaciones que completan los servicios que ofrecen mediante retribución;
- e) dar lugar a acuerdos que producen el efecto de imponer a las empresas que no participan en ellos la obligación de dispensar a su cargo prestaciones que completan los servicios ofrecidos, repercutiendo su coste en los usuarios;
- f) obligar a transferir a estos últimos la carga económica de tales prestaciones, que son gratuitas cuando los usuarios utilizan los servicios de las empresas participantes en el acuerdo.»

Sobre la primera cuestión

17. De la resolución de remisión resulta que la primera cuestión se refiere a la obligación de motivar una normativa nacional de alcance general que, como aquella de que se trata en el procedimiento principal, prohíbe a las sociedades que persiguen un fin lucrativo participar en un sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.
18. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el Derecho comunitario y, en particular, el artículo 190 del Tratado, establece requisitos relativos a la motivación de una normativa nacional de alcance general que está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, en la medida en que dicha normativa mantiene a los interesados en una situación de incertidumbre respecto a las posibilidades que tienen de acogerse al Derecho comunitario.
19. A este respecto, procede hacer constar que la obligación de motivación consagrada por el artículo 190 del Tratado sólo afecta a los actos de las Instituciones. Efectivamente, el Derecho comunitario impone la obligación de motivar las decisiones nacionales que afectan al ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el Tratado a los particulares (véase, en particular, la sentencia de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, Rec. p. 4097, apartados 14 a 17). No obstante, habida cuenta de su finalidad, dicha obligación sólo se refiere a las decisiones individuales adoptadas en perjuicio de estos últimos y contra las cuales deben

disponer de recursos de carácter jurisdiccional, pero no a los actos nacionales de alcance general.

20. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el Derecho comunitario y, en particular, el artículo 190 del Tratado, no establece requisitos respecto a la motivación de una normativa nacional de alcance general que está incluida en el ámbito del Derecho comunitario.

Sobre las cuestiones segunda, tercera, cuarta y quinta

21. Mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se dilucide si la letra g) del artículo 3 y los artículos 5, 52, 58, 59, 85, 86 y 90 del Tratado se oponen a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.
22. Dado que la contribución de los operadores privados a la ejecución del sistema de asistencia social a través de dichos conciertos está supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo, ha de examinarse este requisito (en lo sucesivo, «requisito de la inexistencia de ánimo de lucro») a la luz de las disposiciones del Tratado mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Sobre los artículos 52 y 58 del Tratado (cuestiones segunda y tercera)

23. Las cuestiones segunda y tercera contemplan la situación de una sociedad con ánimo de lucro, establecida en Luxemburgo, que ha constituido una o varias sociedades con ánimo de lucro en Italia para explotar residencias de ancianos en dicho país.
24. Por lo tanto, dado que la sociedad luxemburguesa participa, de forma estable y continua, en la vida económica italiana, a esta situación se aplican las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, a saber, los artículos 52 a 58 del Tratado, y no las del capítulo relativo a los servicios (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, apartado 21, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 25).
25. Por lo que respecta al artículo 58 del Tratado considerado individualmente (segunda cuestión), procede recordar que esta disposición tiene por efecto asimilar, a efectos de la aplicación del capítulo relativo al derecho de establecimiento, las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, su administración o su principal establecimiento se encuentra dentro de la Comunidad a las personas físicas nacionales de los Estados miembros, excluyendo sin embargo de la posibilidad de acogerse a este capítulo a las sociedades que no persiguen un fin lucrativo (véase la sentencia de 6 de noviembre de 1984, Fearon, 182/83, Rec. p. 3677, apartado 8). Dado que esta disposición se limita a definir el ámbito de aplicación personal de las disposiciones relativas al derecho de establecimiento, no puede oponerse en cuanto tal a una normativa nacional como aquella de que se trata en el litigio principal.

26. Por lo que respecta al artículo 52 del Tratado, interpretado en relación con el artículo 58 del Tratado (tercera cuestión), procede recordar que el derecho de establecimiento, previsto en dichas disposiciones, se reconoce tanto a las personas físicas nacionales de un Estado miembro de la Comunidad como a las personas jurídicas en el sentido del artículo 58. Comprende, sin perjuicio de las excepciones y requisitos previstos, el acceso, en el territorio de cualquier otro Estado miembro, a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y la apertura de agencias, sucursales o filiales (véase la sentencia Gebhard, antes citada, apartado 23).
27. Para determinar la compatibilidad del requisito de la inexistencia de ánimo de lucro con estas disposiciones del Tratado, procede recordar, en primer lugar, que, como declaró el Tribunal de Justicia en las sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16, y de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), apartado 6, el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de Seguridad Social.
28. Es importante hacer constar que el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro, mencionado en la letra a) del apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980, se inscribe en el marco del sistema de asistencia social, establecido por la Ley de 1986, que está fundamentalmente destinado a fomentar y proteger la salud de las personas con la ayuda de los servicios de asistencia social y sanitaria y a actuar en favor de las personas dependientes que no tengan familia o cuya familia no pueda ocuparse de ellas, llevando a cabo o favoreciendo su reinserción en familias o en medios comunitarios adaptados.
29. De los autos del procedimiento principal se desprende que este sistema de asistencia social, cuya ejecución se confía, en principio, a las autoridades públicas, está basado en el principio de solidaridad, que se traduce en el hecho de que está destinado prioritariamente a la asistencia de quienes se encuentran en un estado de necesidad, debido a la insuficiencia de los ingresos familiares, a la falta total o parcial de autonomía o al riesgo de marginación y, después, dentro de los límites fijados por la capacidad de las estructuras y los recursos disponibles, a la asistencia de otras personas, las cuales han de soportar, no obstante, los costes de dicha asistencia en función de su situación económica, con arreglo a tarifas determinadas habida cuenta de los ingresos familiares.
30. En el marco de la Ley de 1986, las entidades privadas que reúnan los requisitos subjetivos previstos en el apartado 3 del artículo 18 de la Ley de 1980, en particular, el de la inexistencia de ánimo de lucro, y que hayan sido admitidas en el régimen de concierto, contribuyen a la ejecución del sistema de asistencia social así concebido, que determina la calidad de los servicios que van a prestarse a los destinatarios de la asistencia, así como el nivel de reembolso de los costes de servicios prestados por tales entidades.
31. Según el Gobierno italiano, el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro resulta ser el medio más coherente teniendo en cuenta las finalidades exclusivamente sociales del sistema de que se trata en el procedimiento principal. Las decisiones

tomadas en el ámbito de la organización y de la prestación de asistencia por parte de los operadores privados que no persiguen un fin lucrativo no están influidas por la exigencia de obtener beneficios de la prestación de servicios, para que estos operadores persigan con carácter prioritario las finalidades sociales.

32. A este respecto, procede hacer constar que, en el estado actual del Derecho comunitario, un Estado miembro puede, en el marco de la competencia que conserva para ordenar su sistema de Seguridad Social, considerar que un sistema de asistencia social, como aquel de que se trata en el procedimiento principal, implica necesariamente, para alcanzar sus objetivos, que la admisión en dicho sistema de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo.
33. Por otra parte, la imposibilidad de que las sociedades que persiguen un fin lucrativo contribuyan automáticamente a la ejecución de un sistema legal de asistencia social de un Estado miembro mediante la suscripción de un concierto que da derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario no puede colocar a las sociedades con ánimo de lucro de otros Estados miembros en una situación de hecho o de Derecho desventajosa respecto de las de las sociedades con ánimo de lucro del Estado miembro de establecimiento.
34. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no puede considerarse que el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro sea contrario a los artículos 52 y 58 del Tratado.
35. En consecuencia, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que los artículos 52 y 58 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.

Sobre el artículo 59 del Tratado (cuarta cuestión)

36. Las demandantes en el procedimiento principal alegan que, dado que se establecieron en Italia, prestan a partir de dicho Estado, en sus residencias de ancianos, servicios de naturaleza principalmente hotelera a destinatarios establecidos en otros Estados miembros. Por consiguiente, debido a la naturaleza transfronteriza de estas prestaciones de servicios, pueden invocar las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios para oponerse a la normativa de que se trata.
37. A este respecto, procede recordar que el derecho a la libre prestación de servicios puede ser invocado por una empresa con respecto al Estado en el que esté establecida, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro (sentencias de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries, C-18/93, Rec. p. I-1783, apartado 30; de 14 de julio de 1994, Peralta, C-379/92, Rec. p. 3453,

apartado 40, y de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec. p. I-1141, apartado 30).

38. En cambio, estas mismas disposiciones no son aplicables a la situación de un nacional de un Estado miembro que se traslada al territorio de otro Estado miembro y establece en él su residencia principal, con el fin de recibir un servicio por tiempo indefinido (véase la sentencia de 5 de octubre de 1988, Steymann, 196/87, Rec. p. 6159, apartado 17). En efecto, tales disposiciones no pueden aplicarse a actividades cuyos elementos se limitan a un solo Estado miembro (sentencias de 18 de marzo de 1980, Debaube y otros, 52/79, Rec. p. 833, apartado 9, y de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 37).
39. En el presente asunto, ha de señalarse que los nacionales originarios de otros Estados miembros que se trasladan a Italia para alojarse en las residencias de las demandantes en el procedimiento principal desean acogerse con carácter permanente o por tiempo indefinido a los servicios prestados en dichas residencias. En efecto, como se desprende de los autos, las demandantes en el procedimiento principal proponen acoger a sus residentes fundamentalmente en este marco.
40. Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión que el artículo 59 del Tratado no es aplicable a la situación de una sociedad que, habiéndose establecido en un Estado miembro para explotar en él residencias de ancianos, presta servicios a los residentes que, a tal efecto, se alojan con carácter permanente o por tiempo indefinido en dichas residencias.

Sobre la letra g) del artículo 3 y los artículos 5, 85, 86 y 90 del Tratado (quinta cuestión)

41. Debe recordarse que, considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 del Tratado se refieren únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legales o reglamentarias de los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas (véase, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto, C-96/94, Rec. p. I-2883, apartado 20, y de 17 de octubre de 1995, DIP y otros, asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec. p. I-3257, apartado 14).
42. El Tribunal de Justicia ha estimado que se infringen los artículos 5 y 85 cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica (sentencias Centro Servizi Spediporto, antes citada, apartado 21, y DIP y otros, antes citada, apartado 15).
43. Procede declarar que, en el procedimiento principal, ninguno de los elementos que obran en autos permite afirmar que la normativa de que se trata haya impuesto o favorecido la celebración de tales acuerdos por las empresas que han sido admitidas

en el régimen de concierto con las USSL o haya reforzado sus efectos. Por otra parte, nada indica que, en el marco de dicha normativa, las autoridades públicas hayan delegado sus competencias a operadores económicos privados.

44. Por lo que respecta a la letra g) del artículo 3 y a los artículos 5 y 86 del Tratado, tales disposiciones podrían aplicarse a una normativa como aquella de que se trata en el procedimiento principal únicamente en el supuesto de que se demostrara que dicha normativa coloca a una empresa en una situación de poder económico que le permita impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores (sentencias Centro Servizi Spediporto, antes citada, apartado 31, y DIP y otros, apartado 24).
45. El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 86 del Tratado prohíbe las prácticas abusivas derivadas de la explotación, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste, en la medida en que dichas prácticas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros (sentencia de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, Rec. p. I-1477, apartado 40).
46. Para afirmar la existencia de una posición dominante colectiva, sería necesario que las empresas de que se trata estuvieran suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado (sentencia Almelo y otros, antes citada, apartado 42).
47. En el presente asunto nada permite afirmar que una normativa nacional que, al igual que aquella de que se trata en el procedimiento principal, supedita la suscripción de conciertos con las USSL que dan derecho al reembolso de costes relacionados con la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario al requisito de que el operador privado no persiga ningún fin lucrativo, confiera a las empresas individuales admitidas en el régimen de concierto una posición dominante o dé lugar a la creación entre dichas empresas de vínculos de suficiente entidad como para implicar una posición dominante colectiva.
48. En estas circunstancias, tampoco puede aplicarse el artículo 86, interpretado en relación con el artículo 90 del Tratado.
49. De las consideraciones anteriores resulta que los artículos 85 y 86, interpretados en relación con la letra g) del artículo 3 y los artículos 5 y 90 del Tratado, no se aplican a una normativa nacional que permite únicamente a los operadores privados que no persiguen un fin lucrativo contribuir a la ejecución de un sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan lugar al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.

Costas

50. Los gastos efectuados por los Gobiernos italiano y neerlandés, así como por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes en el litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia mediante resolución de 2 de marzo de 1995, declara:

1. **El Derecho comunitario y, en particular, el artículo 190 del Tratado CE, no establece requisitos respecto a la motivación de una normativa nacional de alcance general que está incluida en el ámbito del Derecho comunitario.**
2. **Los artículos 52 y 58 del Tratado CE no se oponen a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.**
3. **El artículo 59 del Tratado CE no es aplicable a la situación de una sociedad que, habiéndose establecido en un Estado miembro para explotar en él residencias de ancianos, presta servicios a los residentes que, a tal efecto, se alojan con carácter permanente o por tiempo indefinido en dichas residencias.**
4. **Los artículos 85 y 86, interpretados en relación con la letra g) del artículo 3 y los artículos 5 y 90 del Tratado CE, no se aplican a una normativa nacional que permite únicamente a los operadores privados que no persiguen un fin lucrativo contribuir a la ejecución de un sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan lugar al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.**

Rodríguez Iglesias Mancini

Moitinho de Almeida

Sevón

Kakouris

Kapteyn

Gulmann

Jann Ragnemalm Wathelet

Schintgen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 17 de junio de 1997.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

FEDBE

8.1.2. Sentència TJUE de 14 de desembre del 2014 «Spezzino» (Ass. C-113/13)

Síntesis

La qüestió prejudicial versa sobre si una norma interna la qual estableix que el transport sanitari urgent s'ha d'adjudicar de forma prioritària a les organitzacions de voluntariat, assegurant per part del competent el reembossament de les despeses efectivament suportades, es contraria als Arts. 49, 56, 105 i 106 TFUE.

En primer lloc senyala que el simple reembossament de les despeses no és suficient per a excloure el caràcter oneros del concepte de contracte pública. En segon lloc, el principi de transparència i igualtat de tracte (Art 49 i 56 TFUE) aplicat a la norma litigiosa, d'acord amb la jurisprudència del TJUE, adjudicar sense cap transparència, suposa una diferència de tracte en perjudici de les empreses situades en un altre Estat Membre que puguin estar interessades en ell, llevat que tal diferència de tracte estigui justificada per *circumstàncies objectives*. És a dir, la configuració del sistema ha de contribuir efectivament a la finalitat social i a la consecució dels objectius de solidaritat i eficàcia pressupostaria sobre els que descansa.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 11 de diciembre de 2014 (*)

«Procedimiento prejudicial — Servicios de transporte sanitario — Normativa nacional que reserva con carácter prioritario las actividades de transporte sanitario para los establecimientos sanitarios públicos a las organizaciones de voluntariado que cumplen los requisitos legales y están registradas — Compatibilidad con el Derecho de la Unión — Contratos públicos — Artículos 49 TFUE y 56 TFUE — Directiva 2004/18/CE — Servicios mixtos, contemplados al mismo tiempo en el anexo II A y en el anexo II B de la Directiva 2004/18 — Artículo 1, apartado 2, letras a) y d) — Concepto de “contrato público de servicios” — Carácter oneroso — Contraprestación consistente en el reembolso de los gastos soportados»

En el asunto C-113/13,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Italia), mediante resolución de 25 de enero de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 8 de marzo de 2013, en el procedimiento entre

Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»,

Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) — Comitato regionale Liguria,

Regione Liguria

y

San Lorenzo Soc. coop. sociale,

Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus,

en el que participa:

Croce Rossa Italiana — Comitato regionale Liguria y otros,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. T. von Danwitz, Presidente de Sala, y los Sres. C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász y D. Šváby (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretario: Sra. A. Impellizzeri, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de febrero de 2014;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) — Comitato regionale Liguria, por el Sr. Damonte, avvocato;
- en nombre de la Regione Liguria, por la Sra. B. Baroli, avvocatessa;
- en nombre de San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus, por el Sr. S. Betti, avvocato;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. C. Colelli, avvocato dello Stato;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Pignataro y los Sres. A. Tokár y A. Aresu, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 30 de abril de 2014;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE, 56 TFUE, 105 TFUE y 106 TFUE.
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio, en apelación, entre, por una parte, la Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» (en lo sucesivo, «ASL n. 5»), autoridad administrativa local encargada de la gestión del servicio de salud, la Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) — Comitato regionale Liguria y la Regione Liguria (Asociación nacional de asistencia pública — Comité regional para Liguria), y, por otra parte, San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus, sociedades cooperativas que operan en el sector de los transportes sanitarios, en relación con varias decisiones relativas a la organización, en los ámbitos regional y local, de los transportes sanitarios de urgencia y de extrema urgencia.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114, y

corrección de errores, DO L 351, p. 44), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009 (DO L 314, p. 64), contiene en su artículo 1, apartados 2 y 5, las siguientes definiciones:

- «2. a) Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

[...]

- d) Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[...]

[...]

5. Un “acuerdo marco” es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.»

- 4 La aplicabilidad de la Directiva 2004/18 a la adjudicación de los contratos públicos de servicios está sujeta a varios requisitos, en particular por lo que se refiere al valor de esos contratos y a la naturaleza de los servicios de que se trata.
- 5 Así pues, por un lado, con arreglo al artículo 7, letra b), guiones primero y tercero, de la Directiva 2004/18, ésta es aplicable en particular a los contratos públicos de servicios cuyo valor estimado (sin incluir el impuesto sobre el valor añadido) sea igual o superior a 193 000 euros, que, respectivamente, tengan por objeto servicios que figuran en el anexo II A de esta Directiva y sean adjudicados por un poder adjudicador distinto de las autoridades gubernamentales centrales a las que se refiere el anexo IV, o tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II B de la citada Directiva. Con arreglo al artículo 9, apartado 9, de dicha Directiva, el valor que se tendrá en cuenta para los acuerdos marco es el valor máximo estimado del conjunto de contratos cuya adjudicación esté prevista durante la vigencia total del acuerdo marco en cuestión. Sin embargo, el artículo 9, apartado 8, letra b), inciso ii), de la misma Directiva precisa que, para los contratos de servicios de duración indeterminada, el valor que se tendrá en cuenta se limita a 48 veces el valor mensual de ese contrato.
- 6 Por otro lado, con arreglo a los artículos 20 y 21 de la Directiva 2004/18, la adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A de esta Directiva está sujeta a lo dispuesto en sus artículos 23 a 55, y la de los contratos que tengan por objeto servicios que figuran en el anexo II B de

dicha Directiva únicamente está sujeta a los artículos 23 y 35, apartado 4, de la citada Directiva. Con arreglo al artículo 22 de la Directiva 2004/18, los contratos que tengan por objeto al mismo tiempo servicios que figuren en esos dos anexos deberán ser adjudicados conforme a lo dispuesto en los artículos 23 a 55 de dicha Directiva cuando el valor de los servicios que figuran en el citado anexo II A sea superior al valor de los servicios que figuran en ese anexo II B, o de conformidad sólo con lo dispuesto en los artículos 23 y 35, apartado 4, de la citada Directiva, en caso contrario.

- 7 La categoría 2 que figura en el anexo II A de la Directiva 2004/18 se refiere a los servicios de transporte por vía terrestre, incluidos los servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto el transporte de correo. La categoría 25 que figura en el anexo II B de dicha Directiva se refiere a los servicios sociales y de salud.
- 8 Con arreglo al artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18 (DO L 94, p. 65), la Directiva 2014/24 no es aplicable, en particular, a los contratos públicos de servicios que tengan por objeto el servicio de transporte sanitario de urgencia. Del vigésimo octavo considerando de esta última Directiva resulta que, al establecer esta exclusión, el legislador de la Unión Europea previó tener en cuenta la especial naturaleza de las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro. Sin embargo, la Directiva 2014/24 no es aplicable en el marco del asunto principal, ya que de su artículo 91 se desprende que la Directiva 2004/18 será aplicable hasta el 18 de abril de 2016, fecha en que será efectiva su derogación.

Derecho italiano

- 9 De la resolución de remisión se desprende que la República Italiana ha recogido en su Constitución el principio de participación de los ciudadanos a través del voluntariado. En este sentido, el artículo 118, último párrafo, de la Constitución prevé que éstos, individualmente o asociados, participen en el desarrollo de actividades de interés general con el apoyo de las autoridades públicas, conforme al principio de subsidiariedad.
- 10 Esta participación se rige, en materia sanitaria, por la legge n. 833 — Istituzione del servizio sanitario nazionale (Ley nº 833 por la que se establece el servicio nacional de salud), de 23 de diciembre de 1978 (suplemento ordinario a la GURI nº 360, de 28 de diciembre de 1978). El artículo 45 de esta Ley reconoce la función de las organizaciones de voluntariado y de las instituciones de carácter asociativo que tienen por objeto contribuir a la realización de los objetivos institucionales del servicio nacional de salud. Está previsto que dicha contribución se organice a través de convenios celebrados conforme a la programación y legislación adoptadas en el ámbito regional.
- 11 El carácter voluntario de esa participación se establece, en el ámbito nacional, por la legge n. 266 — Legge-quadro sul volontariato (Ley nº 266 por la que se adopta la Ley marco sobre el voluntariado), de 11 de agosto de 1991 (GURI nº 196, de 22

de agosto de 1991; en lo sucesivo, «Ley nº 266/1991»). El artículo 1 de ésta enuncia el principio del voluntariado en los siguientes términos:

«La República Italiana reconoce el valor social y la función del voluntariado como expresión de una forma de solidaridad y de pluralismo, promueve su desarrollo preservando su autonomía y fomenta su aportación original para la consecución de los objetivos de carácter social, civil y cultural, fijados por el Estado, las regiones, las provincias autónomas de Trento y de Bolzano y las colectividades locales.»

- 12 El artículo 2 de esta Ley define el voluntariado como toda actividad «prestada de forma personal, espontánea y gratuita, a través de la organización de la que forma parte el voluntario, sin ánimo de lucro, incluso indirecto, y con fines solidarios exclusivamente». La falta de ánimo de lucro se concreta en la prohibición impuesta al voluntario de percibir retribución alguna, ya que sólo los gastos efectivamente soportados por éste por la actividad prestada le pueden ser reembolsados por la organización de la que forma parte, dentro de los límites fijados por ésta. El mismo artículo establece una incompatibilidad entre la condición de voluntario y cualquier vínculo laboral, por cuenta ajena o propia, y cualquier relación de carácter patrimonial entre el voluntario y la organización de la que forma parte.
- 13 Con arreglo al artículo 3 de la citada Ley, es organismo de voluntariado todo organismo constituido con el fin de ejercer una actividad voluntaria mediante, de manera determinante y predominante, las prestaciones personales, voluntarias y gratuitas de sus miembros, ya que el propio artículo sólo autoriza a dicho organismo a recurrir a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia dentro de los límites necesarios para garantizar su funcionamiento normal o las necesidades de cualificación o especialización de la actividad.
- 14 El artículo 5 de la Ley nº 266/1991 prevé que las organizaciones de voluntariado únicamente pueden obtener sus recursos de las cotizaciones de sus miembros, de las contribuciones de personas privadas o de instituciones, de donaciones y legados, de reembolsos efectuados sobre la base de convenios y de ingresos procedentes de actividades comerciales o productivas marginales. Éstas son objeto de un decreto del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Familia y Solidaridad Social relativo a los criterios de identificación de las actividades comerciales y productivas marginales ejercidas por las organizaciones de voluntariado (Criteri per l'individuazione delle attività commerciali e produttive marginali svolte dalle organizzazioni di volontariato), de 25 de mayo de 1995 (GURI nº 134, de 10 de junio de 1995, p. 28). Ese Decreto enumera tales actividades y precisa, por un lado, que no pueden dar lugar a la utilización de medios profesionalmente organizados para garantizar su competitividad en el mercado (tales como publicidad, letreros luminosos, locales acondicionados conforme a los usos de los establecimientos comerciales, marcas) y, por otro lado, que los productos de convenios celebrados con entidades públicas no constituyen ingresos de esa índole.

- 15 Por último, el artículo 7 de la Ley nº 266/1991 regula la celebración de esos convenios, que únicamente es posible con organizaciones inscritas en un registro de organizaciones de voluntariado. Tales convenios deben establecer el marco de la actividad de las asociaciones en materia de prestaciones, de continuidad de la actividad, de respeto de los derechos y de dignidad de los usuarios, y asimismo prever las modalidades de reembolso de los gastos soportados y la cobertura de un seguro, que deberá asumir la entidad pública.
- 16 Este marco es precisado y aplicado, en el ámbito de la región de Liguria, por la legge regionale n. 15 — Disciplina del volontariato (Ley regional nº 15 sobre el régimen del voluntariado), de 28 de mayo de 1992, y por la legge n. 41 — Riordino del Servizio Sanitario Regionale (Ley regional nº 41 relativa a la reorganización del servicio de salud regional), de 7 de diciembre 2006, en su versión modificada por la Ley regional nº 57 de 25 de noviembre de 2009 (en lo sucesivo, «LR nº 41/2006»). Ésta organiza la participación de las organizaciones de voluntariado para la realización de los objetivos del servicio regional de salud.
- 17 A tenor del artículo 75, apartado 1, de la LR nº 41/2006, la región de Liguria «reconoce el valor y el papel del voluntariado, y fomenta su contribución a la obtención de las finalidades del servicio de salud que se definen en el marco de la programación regional». Los apartados 2 y 3 de dicho artículo precisan que esa contribución se organizará a través de convenios celebrados con las empresas sanitarias con arreglo a las disposiciones adoptadas por el órgano ejecutivo regional, teniendo en cuenta los requisitos de homogeneidad y de uniformidad, en particular por lo que se refiere a la celebración de acuerdos marco. A tenor del artículo 75 *bis* de la citada Ley regional, las organizaciones de voluntariado que participen en la realización de los objetivos del servicio de salud regional deberán estar inscritas en el registro del voluntariado previsto en la Ley regional nº 15 de 28 de mayo de 1992.
- 18 El artículo 75 *ter* de la LR nº 41/2006, que regula el transporte sanitario, dispone:
- «1. La prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.
2. Los servicios de transporte sanitario mencionados en el apartado 1 serán prestados por las propias empresas sanitarias y otras entidades suministradoras públicas o asimiladas empleando sus propios medios y personal. Cuando no sea posible, el transporte sanitario se encomendará a otras entidades que reúnan los requisitos [establecidos por diversas leyes, nacional o regionales, que regulen el voluntariado, el sistema de urgencias sanitarias y el transporte sanitario] y que [dispongan] del equipo y del personal propios para garantizar el servicio requerido, con arreglo a los principios establecidos a continuación:
- a) los servicios de transporte sanitario que se presten en representación del Servicio Regional de Salud deberán ser encomendados, con carácter prioritario, a organizaciones de voluntariado, la Cruz Roja italiana u otra institución u organismo público autorizado, para garantizar que dicho

servicio de interés general se presta en condiciones de equilibrio económico en lo que atañe al presupuesto. Las relaciones con la Cruz Roja italiana y las organizaciones de voluntariado se regirán por convenios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley nº 883 de 23 de diciembre de 1978 (sobre el establecimiento del servicio nacional de salud); [...]

b) si los servicios de transporte sanitario se encomiendan a personas o entidades distintas de las indicadas en la letra a), el procedimiento deberá ser conforme a la legislación aplicable en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios y suministros.

3. Los convenios y protocolos mencionados en el apartado 2, letra a), deberán disponer que únicamente se reembolsen a las organizaciones de voluntariado [y a] la Cruz Roja italiana y a las otras instituciones o entidades públicas autorizadas los gastos efectivamente soportados conforme a los criterios establecidos por el Comité Regional sobre la base de los principios de economía y eficiencia y de que no debe existir una compensación que exceda de los costes soportados.

[...]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 19 La Regione Liguria aprobó mediante la decisión nº 283, de 9 de febrero de 2010, un acuerdo marco regional celebrado con la ANPAS, el Consorzio italiano pubbliche assistenze (CIPAS) y la Croce Rossa Italiana — Comitato regionale Liguria, organismos que representan a las organizaciones de voluntariado, para la regulación de las relaciones entre las empresas sanitarias y hospitalarias, por un lado, y las organizaciones de voluntariado y la Croce Rossa italiana — Comitato regionale Liguria, por otro (en lo sucesivo, «acuerdo marco regional»), en aplicación del artículo 75 *ter*, apartado 2, letra a), de la LR nº 41/2006.
- 20 Mediante la resolución nº 940, de 22 de diciembre de 2010, la ASL nº 5 aplicó este acuerdo marco y suscribió los convenios sobre transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia con las organizaciones de voluntariado afiliadas a la ANPAS y con la Croce Rossa Italiana — Comitato regionale Liguria (en lo sucesivo, «convenios controvertidos»).
- 21 San Lorenzo Soc. coop. Sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus interpusieron un recurso contra, entre otras, las decisiones mencionadas en los dos apartados anteriores de la presente sentencia.
- 22 Con carácter principal, este recurso se basaba en la incompatibilidad con el Derecho de la Unión, en particular con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, del artículo 75 *ter*, apartado 2, letra a), de la LR nº 41/2006, en la medida en que establece que los transportes sanitarios se encomendarán con carácter prioritario a las organizaciones de voluntariado y a la Croce Rossa italiana y a otras instituciones o entidades públicas autorizadas, lo que constituye

una discriminación frente a organismos que no ejerzan una actividad de voluntariado, que operan en ese sector.

- 23 Con carácter subsidiario, las citadas sociedades rechazaron que los pagos previstos por las decisiones que regulan, a este respecto, los convenios controvertidos constituyeran meros reembolsos de los gastos soportados por las organizaciones de voluntariado para la realización de los transportes sanitarios que efectúan.
- 24 Entre tanto, la Giunta regionale della Liguria (órgano ejecutivo de la región de Liguria) adoptó la decisión nº 861, de 15 de julio de 2011, sobre el modelo de declaración de las cuentas que las organizaciones de voluntariado deben presentar en aplicación del acuerdo marco regional. Esta decisión limita los reembolsos adeudados a las organizaciones de voluntariado con las cuales se haya celebrado un convenio para la ejecución de éstos que resulta del acuerdo marco regional a los costes directos de suministro de prestaciones de transporte efectuadas por una asociación y a la toma en consideración de los gastos indirectos y generales en proporción a la relación existente entre el importe total de esos costes directos y el importe total de los costes directos relativos a toda la actividad de dicha organización.
- 25 El órgano jurisdiccional de primera instancia estimó el citado recurso basándose en la alegación subsidiaria presentada en apoyo de éste. En efecto, consideró que el acuerdo marco regional prevé más que un mero reembolso de los gastos efectivamente soportados, en la medida en que toma en consideración gastos indirectos y gastos de gestión. Por consiguiente, se impone el respeto de los principios enunciados por el Tratado FUE.
- 26 El Consiglio di Stato (Consejo de Estado), que conoce del recurso contra la resolución dictada en primera instancia, se pregunta, en primer lugar, sobre la posibilidad, para una autoridad pública que decide recurrir a entidades terceras para la prestación de determinados servicios, de dirigirse con carácter prioritario a organismos de voluntariado, salvo las entidades con ánimo de lucro, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 49 TFUE, 56 TFUE, 105 TFUE y 106 TFUE.
- 27 A este respecto, señala que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de operador económico no excluye a las entidades que no persigan principalmente un ánimo de lucro, incluso a las entidades que carezcan de ánimo de lucro, las cuales pueden competir con las empresas para la adjudicación de los contratos públicos, a la luz de las sentencias Comisión/Italia (C-119/06, EU:C:2007:729) y CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807). Ello pondría en tela de juicio la posibilidad, para las autoridades públicas, de recurrir a organizaciones de voluntariado, salvo las empresas con ánimo de lucro, para la prestación de determinados servicios, como es tradicional en Italia. En efecto, tal sistema implicaría la concesión de una ventaja a esas organizaciones, ya que disfrutarían de una doble posibilidad de prestar servicios a dichas autoridades, en el marco de su privilegio tradicional, por un lado, y en el marco de las licitaciones, por otro.

- 28 Lo mismo sucedería si las organizaciones de voluntariado pudieran, además, obtener, en virtud de los convenios que se les reservan, medios financieros que les permitirían presentar ofertas atractivas en el marco de procedimientos de contratación pública, como ocurriría si estuvieran autorizadas a percibir el reembolso de determinados costes indirectos en el marco de las prestaciones que suministran sin competencia alguna por parte de las empresas que persiguen un ánimo de lucro. Dicho reembolso se asimilaría a una ayuda de Estado.
- 29 El órgano jurisdiccional remitente ve a este respecto una problemática que denomina «competencia entre entidades no homogéneas», de la que el Tribunal de Justicia no se ha ocupado completamente hasta la fecha.
- 30 En segundo lugar, en el supuesto de que el recurso por parte de las autoridades públicas a organizaciones de voluntariado no sea, en sí mismo, contrario al Tratado, el Consiglio di Stato se pregunta sobre el carácter no oneroso de los convenios controvertidos, dado que la ejecución de éstos da lugar a reembolsos de gastos relativos a:
- los costes indirectos y los gastos generales de los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado el convenio, vinculados al ejercicio de la actividad de que se trata (suscripciones, cánones, cargas de copropiedad, seguros, gastos de funcionamiento), calculados proporcionalmente a la relación existente entre el importe total de los costes directos de dicha actividad para ese organismo y el importe total de los gastos directos que se refieren al conjunto de las actividades del organismo;
 - los costes directos correspondientes a gastos de carácter duradero, como los salarios del personal, a los que los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado el convenio deberían hacer frente en cualquier caso.
- 31 En este contexto, el Consiglio di Stato decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Se oponen los artículos 49 TFUE, 56 TFUE, 105 TFUE y 106 TFUE a una norma interna que prevé que el transporte sanitario se adjudique de forma prioritaria a las organizaciones de voluntariado, Croce Rossa Italiana y otras instituciones o entes públicos autorizados, aunque en virtud de los convenios que suscriban sólo se prevea el reembolso de los gastos efectivamente soportados?
- 2) ¿Se opone el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos —en el presente asunto, en cuanto se trata de contratos excluidos, los principios generales de competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad— a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario, debiéndose considerar oneroso un acuerdo marco, como el que constituye el objeto del presente procedimiento, que prevea el reembolso incluso de costes fijos y de carácter duradero?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

- 32 Mediante sus dos cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública y las normas de competencia del Tratado deben ser interpretadas en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, como la controvertida en el litigio principal, prevé que las autoridades locales deben confiar el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, los cuales únicamente perciben, para el suministro de esos servicios, el reembolso de los gastos efectivamente soportados a tal fin y de una fracción de los costes fijos y permanentes.
- 33 Por lo que atañe a la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, procede recordar, con carácter preliminar, que la Directiva 2004/18 se aplica a los contratos públicos de servicios, que el artículo 1, apartado 2, letra d), de esta Directiva define como contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II de dicha Directiva.
- 34 Este anexo se subdivide en dos partes, A y B. Los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia forman parte, a su vez, de la categoría 2 que figura en el anexo II A de la Directiva 2004/18, para los aspectos de transporte de esos servicios, y de la categoría 25 que figuran en el anexo II B de dicha Directiva, para los aspectos médicos de éstos [véase, en relación con las categorías correspondientes de los anexos I A y I B de la Directiva 92/50 del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), la sentencia Tögel, C-76/97, EU:C:1998:432, apartado 39].
- 35 De la resolución de remisión resulta que la normativa regional pertinente es aplicada, en primer lugar, por el acuerdo marco regional, celebrado con organismos que representan a las organizaciones de voluntariado, que fija las modalidades de los convenios particulares que deben celebrarse entre las autoridades sanitarias territoriales y esas organizaciones y, seguidamente, por tales convenios particulares.
- 36 Pues bien, tal acuerdo marco constituye un acuerdo marco en el sentido del artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2004/18 y está comprendido, de manera general, en el concepto de contrato público (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Italia, EU:C:2007:729, apartados 43 y 44), y la circunstancia de que se celebre por cuenta de entidades que no persigan un ánimo de lucro no puede privarle de esa calificación (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Italia, EU:C:2007:729, apartado 41).
- 37 Es preciso señalar también que el hecho de que el citado acuerdo marco y los convenios particulares que derivan de éste sólo prevean como transferencias

financieras a favor de las organizaciones de voluntariado los reembolsos de costes no es un elemento decisivo. En efecto, un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado (sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 29). Por consiguiente, como señaló el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, carece de pertinencia que los costes que reembolsan las autoridades públicas a esas organizaciones cubran únicamente los costes directamente relacionados con el suministro de las prestaciones de que se trata o, además, una parte de los costes generales.

- 38 Por consiguiente, procede considerar que un acuerdo marco como el acuerdo marco regional y convenios como los que derivan de éste están comprendidos, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.
- 39 A este respecto, de la resolución de remisión, y en particular de la segunda cuestión prejudicial, resulta que el órgano jurisdiccional remitente parte de la hipótesis de que la Directiva 2004/18 no es aplicable al acuerdo marco regional ni a las convenios que derivan de éste, de modo que sólo serían aplicables los principios del Tratado y la obligación de transparencia que implican.
- 40 Sin embargo, es necesario recordar que la naturaleza mixta de servicios que, como los controvertidos en el litigio principal, figuran a la vez en los anexos II A y II B de la Directiva 2004/18 tiene como consecuencia que el artículo 22 de esta Directiva es aplicable. Sin embargo, con arreglo a dicho artículo, los acuerdos marco cuyo valor sea superior al umbral pertinente establecido en el artículo 7 de la citada Directiva y que se refieran a tales servicios deberán celebrarse de conformidad con todas las normas de procedimiento enunciadas en los artículos 23 a 55 de esa Directiva si el valor de los servicios de transporte, que figura en el referido anexo II A, excede del valor de los servicios médicos, que se recoge en el citado anexo II B.
- 41 Habida cuenta de que el valor de los servicios que figuran en el anexo II B es superior al de los servicios que figuran en el anexo II A, el contrato debe celebrarse únicamente conforme a lo dispuesto en los artículos 23 y 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18. En cambio, no son aplicables a dichos contratos las demás normas sobre la coordinación de los procedimientos previstas por la Directiva 2004/18, en particular las aplicables a las obligaciones de convocar una licitación con publicación previa de un anuncio y las relativas a los criterios de adjudicación de contratos (sentencias Comisión/Irlanda, C-507/03, EU:C:2007:676, apartado 24, y Comisión/Irlanda, C-226/09, EU:C:2010:697, apartado 27).
- 42 En efecto, el legislador de la Unión parte de la presunción de que, habida cuenta de su naturaleza específica, los contratos relativos a los servicios incluidos en el anexo II B de la Directiva 2004/18 no presentan *a priori* un interés transfronterizo que pueda justificar que su adjudicación se produzca mediante un procedimiento de licitación, al que se atribuye el efecto de permitir a empresas de otros Estados miembros tener conocimiento del anuncio de licitación y presentar sus ofertas

(véanse las sentencias Comisión/Irlanda, EU:C:2010:697, apartado 25, y Strong Segurança, C-95/10, EU:C:2011:161, apartado 35 y jurisprudencia citada).

- 43 Por consiguiente, de los apartados 40 y 41 de la presente sentencia se desprende que, siempre que el valor del acuerdo marco regional sea superior al umbral pertinente establecido en el artículo 7 de la Directiva 2004/18, serán aplicables todas las normas de procedimiento de dicha Directiva o sólo las que figuran en los artículos 23 y 35, apartado 4, de la citada Directiva, según el valor de los servicios de transporte exceda del valor de los servicios médicos o no. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si ese acuerdo excede tal umbral de aplicación y determinar el valor respectivo de los servicios de transporte y de los servicios médicos.
- 44 En el supuesto de que el valor del acuerdo marco regional exceda del umbral pertinente establecido en el citado artículo 7 y el valor de los servicios de transporte sea superior al de los servicios médicos, procede considerar que la Directiva 2004/18 es contraria a una normativa como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las autoridades locales confíen el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio.
- 45 En cambio, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente declare que no se alcanza ese umbral o que el valor de los servicios médicos es superior al valor de los servicios de transporte, en ese caso sólo podrán aplicarse, además de los artículos 23 y 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18, los principios generales de transparencia y de igualdad de trato que resultan de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Irlanda, EU:C:2007:676, apartado 26 y jurisprudencia citada, y Strong Segurança, EU:C:2011:161, apartado 35).
- 46 Sin embargo, para que esos principios puedan aplicarse en materia de contratos públicos a actividades en las que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un solo Estado miembro, se exige que el contrato controvertido en el litigio principal presente un interés transfronterizo cierto (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Irlanda, EU:C:2007:676, apartado 29; Comisión/Italia, C-412/04, EU:C:2008:102, apartados 66 y 81; SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, EU:C:2008:277, apartado 21; Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartado 24, y Comisión/Irlanda, EU:C:2010:697, apartado 31).
- 47 Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente no ha facilitado los elementos necesarios para que el Tribunal de Justicia pueda verificar si, en el asunto principal, existe un interés transfronterizo cierto. Pues bien, tal y como se desprende del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en la versión que entró en vigor el 1 de noviembre de 2012, este Tribunal debe poder hallar en una petición de decisión prejudicial una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones, así como de la relación que existe, en particular, entre tales datos y las cuestiones. Por consiguiente, la comprobación

de los elementos necesarios que permitan verificar la existencia de un interés transfronterizo cierto, así como, en general, el conjunto de comprobaciones que incumbe realizar a los órganos jurisdiccionales nacionales y de las que depende la aplicabilidad de un acto de Derecho derivado o del Derecho primario de la Unión, deberían efectuarse con carácter previo a la remisión al Tribunal de Justicia.

- 48 En aras del espíritu de cooperación que preside las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia en el ámbito del procedimiento prejudicial, la falta de tales comprobaciones previas por el órgano jurisdiccional remitente acerca de la existencia de un eventual interés transfronterizo cierto no dará lugar a la inadmisibilidad de la petición si, a pesar de dichas carencias, el Tribunal de Justicia considera, a la vista de los elementos que se desprenden del expediente, que está en condiciones de proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente. Así sucede, en particular, cuando la resolución de remisión contiene suficientes elementos pertinentes para la apreciación de la eventual existencia de tal interés. No obstante, la respuesta que proporcione el Tribunal de Justicia estará supeditada a que el órgano jurisdiccional remitente pueda comprobar, sobre la base de una valoración detallada de todos los elementos pertinentes relativos al asunto principal, la existencia de un interés transfronterizo cierto en dicho asunto (véanse las sentencias SECAP y Santorso, EU:C:2008:277, apartado 34, y Serrantoni y Consorzio stabile edili, EU:C:2009:808, apartado 25).
- 49 En cuanto a los criterios objetivos que pueden indicar la existencia de un interés transfronterizo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tales criterios pueden ser, en particular, el hecho de que el contrato en cuestión tenga un importe de cierta trascendencia, combinado con el lugar de ejecución de las obras o también las características técnicas del contrato (véanse las sentencias SECAP y Santorso, EU:C:2008:277, apartado 31, y Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, apartado 29). El órgano jurisdiccional remitente puede, al realizar su apreciación global de la existencia de un interés transfronterizo cierto, tener en cuenta también la existencia de reclamaciones presentadas por operadores situados en otros Estados miembros, siempre que se compruebe que éstas son reales y no ficticias. Por lo que se refiere más concretamente a los transportes sanitarios, el Tribunal de Justicia consideró, en el marco de un recurso por incumplimiento, que el interés transfronterizo cierto no quedaba demostrado por el mero hecho de que varios operadores situados en otros Estados miembros hubieran presentado una reclamación ante la Comisión Europea y que los contratos de que se trata tuvieran un elevado valor económico (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, C-160/08, EU:C:2010:230, apartados 18, 27 y siguientes, 54, y 123).
- 50 Hecha esta salvedad, procede considerar, por lo tanto, que los principios generales del transparencia y de igualdad de trato que resultan de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE pueden, en principio, ser aplicables a un acuerdo marco como el acuerdo marco regional y a convenios como los que derivan de dicho acuerdo marco.

- 51 Pues bien, el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, en lo que atañe más concretamente a los contratos públicos de servicios, tiene por objetivo garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros (véase la sentencia *Bayerischer Rundfunk* y otros, C-337/06, EU:C:2007:786, apartado 39 y jurisprudencia citada).
- 52 Por consiguiente, procede declarar que un sistema de prestaciones a través de convenios como el establecido por el artículo 75 *ter* de la LR nº 41/2006 conduce a un resultado contrario a esos objetivos. En efecto, al prever que las autoridades públicas competentes recurran, mediante adjudicación directa, con carácter prioritario a las organizaciones de voluntariado con las que hayan celebrado convenios para cubrir las necesidades en ese ámbito, esa normativa excluye a las entidades que no persiguen una finalidad de voluntariado de una parte esencial del contrato de que se trata. Pues bien, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias *Comisión/Irlanda*, EU:C:2007:676, apartados 30 y 31; *Comisión/Italia*, EU:C:2007:729, apartado 64, y *Comisión/Italia*, EU:C:2008:102, apartado 66).
- 53 Sin embargo, procede señalar que, a tenor del artículo 75 *ter*, apartados 1 y 2, letra a), de la LR nº 41/2006, el modo de organización del servicio de transporte sanitario controvertido en el litigio principal está inspirado en los principios de universalidad, de solidaridad, de eficiencia económica y de adecuación, ya que el recurso prioritario a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio persigue especialmente garantizar que ese servicio se preste en condiciones de equilibrio económico en el plano presupuestario. En la medida en que prevé la participación de las organizaciones de voluntariado en un servicio de interés general y se refiere al principio de solidaridad, el citado artículo 75 *ter* se emparenta con las disposiciones constitucionales y legales relativas a la participación de los ciudadanos a través del voluntariado mencionadas en los apartados 9 a 11 de la presente sentencia.
- 54 Pues bien, tales objetivos son tenidos en cuenta por el Derecho de la Unión.
- 55 A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que el Derecho de la Unión no menoscaba la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad social (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias *Sodemare* y otros, C-70/95, EU:C:1997:301, apartado 27 y jurisprudencia citada, y *Blanco Pérez y Chao Gómez*, C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300, apartado 43 y jurisprudencia citada).

- 56 Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia, los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición, es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de una facultad de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias Comisión/Alemania, C-141/07, EU:C:2008:492, apartados 46 y 51 y jurisprudencia citada, y Blanco Pérez y Chao Gómez, EU:C:2010:300, apartados 43, 44, 68 y 90 y jurisprudencia citada).
- 57 Por otra parte, un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social no sólo puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que, además, el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud (véase, en este sentido, la sentencia Stamatelaki, C-444/05, EU:C:2007:231, apartados 30 y 31 y jurisprudencia citada). Así pues, se está pensando en medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, se deban a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, EU:C:2008:492, apartado 61).
- 58 En segundo lugar, es preciso recordar que, en el apartado 32 de la sentencia Sodemare y otros (EU:C:1997:301), el Tribunal de Justicia declaró que un Estado miembro puede, en el marco de la competencia que conserva para ordenar su sistema de seguridad social, considerar que un sistema de asistencia social a las personas de avanzada edad cuyo estado haga indispensable una asistencia sanitaria implica necesariamente, para alcanzar su objetivo, en este caso, el respeto de la finalidad exclusivamente social de ese sistema, de modo que la admisión en éste de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo.
- 59 Por consiguiente, un Estado miembro puede considerar, en el marco de la facultad de apreciación de la que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las organizaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario de urgencia y puede contribuir a controlar los costes relacionados con ese servicio.
- 60 Sin embargo, es necesario señalar que un sistema de organización del servicio de transporte sanitario de urgencia como el controvertido en el litigio principal,

consistente, para las autoridades competentes, en recurrir con carácter prioritario a organizaciones de voluntariado, debe efectivamente contribuir a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria sobre los que descansa.

- 61 A este respecto, se exige que, cuando participan en ese marco, las organizaciones de voluntariado no persigan otros objetivos que los mencionados en el apartado precedente de la presente sentencia, que no obtengan ningún beneficio por el hecho de realizar sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para suministrarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros. Por otra parte, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se estaría privando a esas organizaciones de la posibilidad efectiva de actuar en varios ámbitos en los que puede aplicarse normalmente el principio de solidaridad, la actividad de tales organizaciones debe respetar estrictamente los requisitos establecidos por la normativa nacional al respecto.
- 62 En virtud del principio general del Derecho de la Unión de prohibición de abuso de Derecho (véase, por analogía, la sentencia 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, apartado 33), la aplicación de esa normativa no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las organizaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las organizaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe velarse para que no se persiga, amparándose en una actividad de voluntariado, ánimo de lucro alguno, ni siquiera indirecto, y para que el voluntario pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias organizaciones.
- 63 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente realizar todas las apreciaciones necesarias para verificar si el sistema de organización del servicio de transporte sanitario de urgencia controvertido en el litigio principal, tal como es regulado por la normativa aplicable y puesto en práctica por el acuerdo marco regional y los convenios particulares que derivan de éste, contribuye efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa ese sistema.
- 64 Por lo que atañe a la interpretación de las normas del Tratado en materia de competencia, de las consideraciones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos se desprende que no procede examinar una normativa como la controvertida en el litigio principal en relación con las citadas normas de competencia.
- 65 Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones planteadas que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, como la controvertida en el litigio principal, prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con

carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa.

Costas

- 66 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa.

Firmas

8.1.3. Sentència TJUE de 28 de gener del 2016 «CASTA» (Ass. C-50/14)

Síntesis

La controvèrsia rau d'una norma interna que fixa una adjudicació, sense licitació, dels serveis de transport de persones en tractament de diàlisi a *Associazione Croce Bianca* i altres associacions de voluntariat.

En primer lloc apel·la als objectius que poden justificar una adjudicació sense licitació a favor d'associacions de voluntariat, pels quals assenyala l'efecte pressupostari positiu i la garantia de prestar els serveis conforme els principis d'universalitat i solidaritat. A tal efecte, aquestes associacions no poden perseguir objectius diferents i tampoc obtenir cap benefici per la seva prestació, sense perjudici del reemborsament de les despeses. Tal interpretacions han de ser exhaustives en el sentit de que no suposin un abús del Dret.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 28 de enero de 2016 (*)

«Procedimiento prejudicial —? Contratos públicos — Artículos 49 TFUE y 56 TFUE — Directiva 2004/18/CE — Servicios de transporte sanitario — Legislación nacional que autoriza a las autoridades sanitarias territoriales a atribuir las actividades de transporte sanitario a las asociaciones de voluntariado que cumplen las exigencias legales y están registradas, mediante adjudicación directa y sin publicidad, con reembolso de los gastos soportados — Procedencia»

En el asunto C-50/14,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Piamonte, Italia), mediante resolución de 9 de enero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de febrero de 2014, en el procedimiento entre

Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros

y

Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4),

Regione Piemonte,

con intervención de:

Associazione Croce Bianca del Canavese y otros,

Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) — Comitato regionale Liguria,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. T. von Danwitz, Presidente de la Sala Cuarta, en funciones de Presidente de la Sala Quinta, y los Sres. D. Šváby (Ponente), A. Rosas, E. Juhász y C. Vajda, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros, por los Sres. M. Bellardi y P. Troianello, avvocati;
- en nombre de la Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4), por el Sr. F. Dealessi, avvocato;
- en nombre de la Associazione Croce Bianca del Canavese y otros, por los Sres. E. Thellung De Courtelary y C. Tamburini, avvocati;
- en nombre de la Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) — Comitato regionale Liguria, por el Sr. R. Damonte, avvocato;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. P. Gentili, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno checo, por los Sres. M. Smolek, J. Vlácil y T. Müller, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Pignataro-Nolin y el Sr. A. Tokár, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.
- 2 Esa petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y dos operadores de empresas de transporte (en lo sucesivo, «CASTA y otros»), por una parte, y la Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) [agencia sanitaria local de Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4)] y la Regione Piemonte (región del Piamonte), por otra, acerca de la adjudicación, sin licitación, del servicio de transporte de las personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios, durante el período que va de junio a diciembre de 2013, a la Associazione Croce Bianca del Canavese y a otras varias asociaciones de voluntariado (en lo sucesivo, «Associazione Croce Bianca y otros»), y de la autorización de los gastos inherentes.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114, y corrección de errores en DO 2004, L 351, p. 44, y DO 2005, L 329, p. 40), según su modificación por el Reglamento (UE) nº 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011 (DO L 319, p. 43; en lo sucesivo, «Directiva 2004/18»), contiene en su artículo 1, apartados 2 y 5, las siguientes definiciones:

«2. a) Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

[...]

d) Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[...]

5. Un “acuerdo marco” es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.»

- 4 La aplicabilidad de la Directiva 2004/18 a la celebración de los contratos públicos de servicios está sujeta a diversas condiciones, referidas en especial al valor de esos contratos y a la naturaleza de los servicios considerados.

- 5 De esa manera, conforme al artículo 7, letra b), guiones primero y tercero, de la Directiva 2004/18, ésta es aplicable en particular a los contratos públicos de servicios cuyo valor sin incluir el impuesto sobre el valor añadido sea igual o superior a 200 000 euros, que, respectivamente, tengan por objeto servicios que figuran en el anexo II A de esa Directiva y sean adjudicados por un poder adjudicador distinto de las autoridades gubernamentales centrales a las que se refiere el anexo IV, o tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II B de la misma Directiva. En aplicación del artículo 9, apartado 9, de ésta, el valor que se tendrá en cuenta para los acuerdos marco es el valor máximo estimado del conjunto de contratos cuya adjudicación esté prevista durante la vigencia total del acuerdo marco en cuestión. El artículo 9, apartado 8, letra b), inciso ii), de la misma Directiva precisa que, para los contratos de servicios de duración indeterminada, el valor que se tendrá en cuenta se limita a 48 veces el valor mensual de ese contrato.

- 6 Por otra parte, en virtud de los artículos 20 y 21 de la Directiva 2004/18, la adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el

anexo II A de esta Directiva está sujeta a lo dispuesto en sus artículos 23 a 55, mientras que la de los contratos que tengan por objeto servicios que figuran en el anexo II B de la misma Directiva únicamente está sujeta a los artículos 23 y 35, apartado 4, de ésta, que se refieren respectivamente a las especificaciones técnicas y al anuncio del resultado del procedimiento de adjudicación. Conforme al artículo 22 de la Directiva 2004/18, los contratos que tengan por objeto al mismo tiempo servicios que figuren en el anexo II A y en el anexo II B de ésta deberán ser adjudicados conforme a lo dispuesto en sus artículos 23 a 55 cuando el valor de los servicios que figuran en el anexo II A sea superior al valor de los servicios que figuran en el anexo II B, o bien, en caso contrario, conforme únicamente a sus artículos 23 y 35, apartado 4.

- 7 La categoría 2 que figura en el anexo II A de la Directiva 2004/18 se refiere a los servicios de transporte por vía terrestre, incluidos los servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto el transporte de correo. La categoría 25 que figura en el anexo II B de la misma Directiva se refiere a los servicios sociales y de salud.
- 8 Finalmente, conforme al artículo 32, apartado 2, de la Directiva 2004/18, la celebración de un acuerdo marco implica que los poderes adjudicadores seguirán las normas de procedimiento previstas en la citada Directiva en todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en ese acuerdo marco.

Derecho italiano

- 9 En aplicación del principio de solidaridad reconocido en el artículo 2 de la Constitución de la República Italiana y del principio de subsidiariedad garantizado por el artículo 118 de ésta, el Derecho italiano tanto nacional como regional atribuye a las asociaciones de voluntariado, caracterizadas por la falta de ánimo de lucro, el predominio de las prestaciones realizadas a título gratuito y el carácter marginal de la actividad comercial y productiva, un papel activo en el ámbito de las prestaciones sanitarias.
- 10 De esa forma, los artículos 1 y 45 de la Ley n° 833 de creación del servicio sanitario nacional (legge n.° 833 — Istituzione del servizio sanitario nazionale) de 23 de diciembre de 1978 (suplemento ordinario de la GURI n° 360, de 28 de diciembre de 1978) reconocen el papel en el funcionamiento del servicio sanitario nacional de las asociaciones de voluntariado y de las instituciones de carácter asociativo constituidas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos institucionales de ese servicio. Se prevé que esa contribución se regule por conciertos concluidos con las unidades sanitarias locales conforme a la planificación y a la legislación establecidas en el ámbito regional.
- 11 El voluntariado para esa participación se regula a nivel nacional por la Ley n° 266, Ley marco sobre el voluntariado (legge n. 266 — Legge-quadro sul volontariato) de 11 de agosto de 1991 (GURI n° 196, de 22 de agosto de 1991; en lo sucesivo, «Ley n° 266/1991»). El artículo 1 de ésta enuncia el principio de reconocimiento de la actividad de voluntariado en los siguientes términos:

«La República Italiana reconoce el valor social y la función de las actividades de voluntariado como expresión de la solidaridad y el pluralismo, promueve su desarrollo preservando su autonomía y fomenta su contribución original a la consecución de los objetivos de carácter social, civil y cultural fijados por el Estado, las regiones, las provincias autónomas de Trento y Bolzano y los entes locales.»

- 12 Conforme al artículo 3 de la Ley nº 266/1991, se considera asociación de voluntariado a todo organismo constituido con objeto de desarrollar una actividad de voluntariado, que recurra de forma determinante y primordial a las prestaciones personales, voluntarias y gratuitas de sus afiliados, y el mismo artículo sólo autoriza a un organismo de esa clase a recurrir a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia dentro de los límites necesarios para su buen funcionamiento o para actividades cualificadas o especializadas. Ese artículo dispone también que los organismos de voluntariado desarrollarán su actividad mediante sus propias estructuras o bien en el marco de estructuras públicas o en concierto concluido con ellas.
- 13 El artículo 5 de la Ley nº 266/1991 enumera los recursos con los que las asociaciones de voluntariado se pueden financiar. Entre ellos figuran los reembolsos basados en conciertos concluidos con entidades públicas y los ingresos derivados de actividades comerciales y de producción de carácter marginal.
- 14 Por último, el artículo 7 de esa Ley regula la conclusión de esos conciertos con entidades públicas, que deben enmarcar la actividad de las asociaciones, en especial en lo que atañe a la calidad de las prestaciones, y prever también las modalidades de reembolso de los gastos soportados.
- 15 Ese marco se precisó y desarrolló en la región de Piamonte por la Ley regional nº 38 de valorización y promoción del voluntariado (legge regionale n. 38 — Valorizzazione e promozione del volontariato) de 29 de agosto de 1994. El artículo 9 de esa Ley dispone en particular que los conciertos concluidos entre la propia región y los entes locales y otros organismos públicos establecidos en su territorio, por una parte, y las organizaciones de voluntariado, por otra, deberán determinar el tipo de usuarios interesados, los servicios que se prestarán y las modalidades de su prestación, así como las formas de reembolso de los gastos de seguro y de los gastos justificados soportados por la organización contratante para el desarrollo de la actividad objeto del concierto, y las formas de control de la ejecución de éste, incluso a través de reuniones periódicas entre los responsables de los servicios públicos y los responsables operativos de la organización.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 16 En el marco del servicio sanitario nacional, la ASL TO4 presta servicios de transporte a las personas en tratamiento de diálisis, asegurando así el acceso material a las estructuras sanitarias cuando esas personas se vean impedidas para hacerlo personalmente. Ese servicio persigue el doble objetivo de hacer física y

económicamente accesible una prestación sanitaria ofrecida en el marco del servicio sanitario nacional.

- 17 Por su resolución nº 381 de 31 de mayo de 2013, el director general de la ASL TO4 adjudicó ese servicio mediante concierto, durante el período que va de junio a diciembre de 2013, a las asociaciones de voluntariado afiliadas a la Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) — Comitato regionale Piemonte (asociación nacional de asistencia pública — Comité regional de Piamonte), a saber la Associazione Croce Bianca y otros. Las partes en el litigio principal que han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia han indicado importes diferentes de la partida presupuestaria prevista para cubrir las cargas correspondientes a ese período, que varían desde 195 975,37 a 277 076,61 euros.
- 18 CASTA y otros, que son pequeños operadores del sector del transporte en taxi y de alquiler de vehículos con chófer, o sus representantes, impugnaron esa resolución ante el tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, (tribunal Regional de lo Contencioso-administrativo del Piamonte), alegando en especial la infracción del Derecho de la Unión. De los autos obrantes ante el Tribunal de Justicia resulta que CASTA y otros prestaron el servicio objeto del asunto principal a la ASL TO4 hasta el 30 de mayo de 2013.
- 19 También resulta de los autos que la Giunta regionale del Piemonte (órgano ejecutivo de la región de Piamonte) y la ANPAS — Comitato regionale Piemonte, en calidad de organización territorial de coordinación, concluyeron un acuerdo para regular las relaciones entre las agencias sanitarias locales de esa región y las asociaciones de voluntariado en lo que concierne a los servicios de transporte sanitario. Ese acuerdo fue aprobado por una decisión del consejo regional de Piamonte de 12 de noviembre de 2007, y fue prorrogado.
- 20 El tribunal remitente señala que el concierto discutido en el litigio principal tiene por objeto una serie de prestaciones de transporte, como el transporte de urgencia, del que sólo es una parte menor el transporte de personas en tratamiento de diálisis. Además, la ASL TO4 ha celebrado conciertos con otras asociaciones de voluntariado que también tienen por objeto prestaciones de transporte sanitario, las cuales no son sin embargo partes en el litigio principal. Según ese tribunal, esos conciertos estipulan que sólo son reembolsables los costes reales correspondientes a gastos acreditados con documentos justificativos. El tribunal remitente puntualiza que también está prevista la asignación de un local cercano a los centros hospitalarios y de cheques de comida para las personas que realizan las prestaciones previstas por los mismos convenios, pero considera que esas medidas no son contrarias al principio de limitación de las transferencias económicas únicamente al reembolso de los gastos justificados ya que sólo se proponen permitir la prestación de los servicios referidos en su conjunto, teniendo en cuenta el servicio de transporte de urgencia.
- 21 De la resolución de remisión resulta que el recurso a asociaciones de voluntariado para los servicios referidos ha permitido que la ASL TO4 realice importantes economías en el coste del servicio prestado.

- 22 El tribunal remitente expone que el Derecho de la Unión parece reservar un trato especial a las prestaciones de naturaleza socio-sanitaria cuando un Estado miembro elige atribuir su realización a organismos sin ánimo de lucro. Se refiere en ese sentido a la sentencia *Sodemare y otros* (C-70/95, EU:C:1997:301) y a los trabajos preparatorios de la nueva Directiva en materia de contratos públicos, que estaban entonces en curso y llevaron después a la adopción de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, p. 65), especialmente a su considerando 28. Éste manifiesta que esa Directiva no debe aplicarse a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los proveedores de servicios tuvieran que designarse con arreglo a los procedimientos establecidos en la misma Directiva.
- 23 El tribunal remitente observa también, mediante referencia a la sentencia *Ambulanz Glöckner* (C-475/99, EU:C:2001:577), que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la falta de ánimo de lucro de un organismo que ejerce una actividad económica, en particular la de transporte sanitario, no lleva a excluir la condición de empresa, en el sentido de las disposiciones del Tratado FUE, de modo que las asociaciones de voluntariado pueden ejercer una actividad económica en competencia con otros operadores económicos, en particular participando en procedimientos de licitación. Añade que esa jurisprudencia ha establecido además que el concepto de «contrato oneroso», al que se refiere el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato, con referencia especialmente a la sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros* (C-159/11, EU:C:2012:817).
- 24 Por todas esas consideraciones, el tribunal remitente estima necesario coordinar los principios de protección de la competencia con las exigencias específicas suplementarias relacionadas con la intervención de asociaciones de voluntariado para la ejecución de prestaciones socio-sanitarias en el marco del servicio sanitario público, toda vez que, siendo cierto que se ha admitido en principio que esas asociaciones participen en procedimientos de licitación, en calidad de «operadores económicos», en el sentido de la Directiva 2004/18, ello no implica sin embargo que estén obligadas por ello a actuar como tales operadores en cualesquiera circunstancias, y menos aún que la actividad empresarial constituya su razón de ser.
- 25 Por otro lado, imponer a esos organismos que ejerzan una actividad mercantil, en lugar de permitírsele únicamente, tendría el resultado paradójico de hacer impracticable el recurso al voluntariado para las prestaciones sanitarias en sentido amplio, siendo así que la cohesión social, la subsidiariedad e incluso la viabilidad económica de las prestaciones realizadas por los organismos públicos son especialmente importantes en ese sector.

- 26 En ese contexto el tribunal remitente piensa que, dado que los conciertos discutidos en el asunto principal tienen por objeto prestaciones en el ámbito del servicio sanitario público y que la estructura de esos conciertos se ajusta estrictamente al principio de reembolso de los gastos, las asociaciones de voluntariado ejercen las actividades objeto de esos conciertos fuera del ámbito mercantil, lo que justificaría una excepción a la obligación de convocar una licitación. Es así *a fortiori* toda vez que, al adoptar la Directiva 2014/24, el legislador apreció que la preservación de la naturaleza específica de los organismos sin ánimo de lucro es difícilmente compatible con la participación en una selección a través de un procedimiento de licitación y que, por el hecho mismo del recurso a un personal no remunerado, una oferta emanante de un organismo de voluntariado sería difícilmente comparable con la de un operador económico tradicional.
- 27 No obstante, según ese tribunal sería oportuno que la autoridad administrativa competente realizara una comparación entre las ofertas de las asociaciones de voluntariado interesadas, establecidas en su caso en un Estado miembro distinto de la República Italiana, para comprobar que los reembolsos no cubran gastos de gestión superfluos.
- 28 Finalmente, suponiendo que las asociaciones de voluntariado pudieran acudir al mercado ordinario, parece necesario, según el tribunal remitente, asegurarse de la existencia de ciertos límites, para evitar las distorsiones de la competencia en el mercado con los operadores económicos tradicionales. El hecho de que la legislación italiana prohíba a esas asociaciones ejercer una actividad mercantil que no sea marginal bastaría para excluir todo riesgo de distorsión significativo. Podría pensarse sin embargo en cuantificar ese carácter marginal, inspirándose en los límites previstos por la Directiva 2014/24 en lo que atañe a la posibilidad de que un poder adjudicador contrate directamente con otro poder adjudicador.
- 29 En ese contexto el tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (tribunal Regional de lo Contencioso-administrativo del Piamonte), decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Se opone el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos —en el presente asunto, dado que se trata de contratos excluidos [del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18], los principios generales de libre competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad— a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de voluntariado primordialmente organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un efectivo reembolso de los gastos?
 - 2) Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿ha de realizarse una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa, con objeto de limitar el riesgo de realización de gastos

ineficientes o inadecuados, y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la normativa nacional que permite la adjudicación directa?

- 3) Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿deben estar sujetas las asociaciones de voluntariado beneficiarias de adjudicaciones directas a límites porcentuales concretos de acceso paralelo al mercado y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la disposición nacional que establece el carácter marginal de las actividades comerciales de estas asociaciones?»

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

- 30 El Gobierno italiano refuta la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial a causa de la falta de indicaciones suficientes en la resolución de remisión acerca de la naturaleza de los servicios objeto del asunto principal o de la existencia de un interés transfronterizo, por lo que no es posible determinar si el Derecho de la Unión es aplicable realmente en este asunto.
- 31 Debe desestimarse esa excepción de inadmisibilidad.
- 32 En efecto, en primer lugar, las indicaciones presentadas en la resolución de remisión sobre la naturaleza de los servicios objeto de los conciertos discutidos en el litigio principal, a saber, servicios de transporte sanitario, y en particular servicios de transporte de personas en tratamiento de diálisis, no autónomas a los efectos de su tratamiento, y el contexto en el que se concluyeron esos conciertos son suficientes para permitir que los interesados presenten sus observaciones sobre las cuestiones planteadas y el Tribunal de Justicia responda a ellas.
- 33 En segundo lugar se debe observar que, según resulta de la redacción de la primera cuestión planteada, el tribunal remitente parte ciertamente de la hipótesis de que la Directiva 2004/18 no fuera aplicable en el presente asunto, de manera que únicamente serían aplicables los principios pertinentes del Tratado y la obligación de transparencia que implican.
- 34 Sin embargo, esa hipótesis no es la única que se debe considerar.
- 35 En efecto, hay que recordar que la Directiva 2004/18 se aplica a los contratos públicos de servicios, que el artículo 1, apartado 2, letra d), de esa Directiva define como los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere su anexo II.
- 36 Ese anexo se divide en dos partes, A y B. Según las indicaciones expuestas por el tribunal remitente, los servicios de transporte sanitario objeto del asunto principal pueden ser incluidos a la vez en la categoría 2 enunciada en el anexo II A de la Directiva 2004/18, para sus aspectos de transporte, y en la categoría 25 que figura en el anexo II B de la misma Directiva, para sus aspectos médicos (véase, respecto a los servicios de transporte sanitario de urgencia, la sentencia Azienda sanitaria

locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 34 y jurisprudencia citada).

- 37 Cuando se trata de servicios de naturaleza mixta comprendidos a la vez en los anexos II A y II B de la Directiva 2004/18, es aplicable el artículo 22 de ésta. Conforme a ese artículo, los contratos públicos cuyo valor sea superior al umbral pertinente establecido en el artículo 7 de la citada Directiva y que tengan por objeto esos servicios deberán celebrarse de conformidad con todas las normas de procedimiento enunciadas en los artículos 23 a 55 de esa Directiva si el valor de los servicios de transporte, incluidos en el anexo II A, excede del valor de los servicios médicos, comprendidos en el anexo II B (véase la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 40).
- 38 En el supuesto inverso, cuando el valor de los servicios médicos supere el de los servicios de transporte, el contrato debe celebrarse únicamente conforme a los artículos 23 y 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18. En cambio, no son aplicables a esos contratos las demás normas sobre la coordinación de los procedimientos previstas por esa Directiva, en particular las aplicables a las obligaciones de convocar una licitación con publicación previa de un anuncio y las relativas a los criterios de adjudicación de contratos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 41 y jurisprudencia citada).
- 39 En efecto, el legislador de la Unión partió de la presunción de que, habida cuenta de su naturaleza específica, los contratos relativos a los servicios incluidos en el anexo II B de la Directiva 2004/18 no presentan *a priori* un interés transfronterizo suficiente que pueda justificar que su adjudicación se produzca al término de un procedimiento de licitación, que se supone permitirá a empresas de otros Estados miembros tener conocimiento del anuncio de licitación y presentar sus ofertas (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 42 y jurisprudencia citada).
- 40 De los apartados 38 y 39 de esta sentencia resulta que, siempre que el valor del concierto discutido en el litigio principal supere el umbral pertinente fijado en el artículo 7 de la Directiva 2004/18, el procedimiento de adjudicación de un contrato debe realizarse conforme a las reglas de esa Directiva. Así pues, según que el valor de los servicios de transporte supere o no el valor de los servicios médicos, serán aplicables todas las normas de procedimiento de dicha Directiva o bien sólo las enunciadas en los artículos 23 y 35, apartado 4, de ésta. Corresponde al tribunal remitente verificar si ese concierto está comprendido a la vez en el anexo II A de la Directiva 2004/18 y el anexo II B de ésta, y si su valor excede el umbral de aplicación. Además, le incumbe determinar el valor respectivo de los servicios de transporte y de los servicios médicos considerados (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 43).
- 41 En el supuesto de que el valor del concierto discutido en el litigio principal excediera del umbral pertinente fijado en ese artículo 7 y el valor de los servicios

de transporte superase el de los servicios médicos, la Directiva 2004/18 sería plenamente aplicable. En cambio, si el tribunal remitente apreciara que no se alcanza ese umbral o bien que el valor de los servicios médicos es superior al valor de los servicios de transporte, sólo podrían aplicarse, además de los artículos 23 y 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18, los principios generales de transparencia y de igualdad de trato derivados de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada).

- 42 Sin embargo, para que esos principios puedan aplicarse en materia de contratos públicos a actividades en las que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un solo Estado miembro, se requiere que el contrato discutido en el litigio principal presente un interés transfronterizo cierto (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 46 y jurisprudencia citada).
- 43 Por otro lado, no cabe excluir que el concierto discutido en el asunto principal se haya concluido con fundamento en el acuerdo celebrado entre el órgano ejecutivo de la región de Piamonte y el ANPAS — Comitato regionale Piemonte, en calidad de organización territorial de coordinación, con vistas a regular las relaciones entre las agencias sanitarias locales de esa región y las asociaciones de voluntariado afiliadas a esa organización en lo que atañe a los servicios de transporte sanitario.
- 44 Un acuerdo de esa clase puede considerarse como un acuerdo marco, en el sentido de la Directiva 2004/18, si responde a la definición enunciada en el artículo 1, apartado 5, de ésta, que se refiere a un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas, entendiéndose que un acuerdo marco no debe fijar necesariamente todos los términos de los contratos ulteriores, como resulta del artículo 32, apartado 4, párrafo segundo, segundo guion, de esa Directiva. Corresponde al tribunal remitente realizar las apreciaciones necesarias acerca del acuerdo mencionado en el anterior apartado de esta sentencia y comprobar si es un acuerdo marco en el sentido de la Directiva 2004/18, y en caso afirmativo si el concierto discutido en el asunto principal se concluyó con fundamento en ese acuerdo marco.
- 45 Es oportuno recordar en ese sentido que, conforme al artículo 9, apartado 9, de la Directiva 2004/18, el valor que se tendrá en cuenta para los acuerdos marco es el valor máximo estimado del conjunto de contratos cuya celebración se prevé durante la duración total del acuerdo marco considerado.
- 46 Po otro lado, las apreciaciones enunciadas en los apartados 37, 38, 41 y 42 de esta sentencia son válidas respecto a la aplicabilidad de la Directiva 2004/18 o de los principios generales de transparencia e igualdad de trato derivados de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE a ese acuerdo marco. En el supuesto de que el

tribunal remitente apreciara que la Directiva 2004/18 es plenamente aplicable a ese acuerdo marco, es preciso señalar que, conforme al artículo 32, apartado 2, de esa Directiva, la celebración de un acuerdo marco requiere que los poderes adjudicadores sigan las normas de procedimiento previstas en la misma Directiva en todas las fases de ese acuerdo marco hasta la adjudicación de los contratos basados en éste. Esa disposición exige además que los contratos basados en el acuerdo marco se adjudiquen según los términos establecidos en éste y conforme a los procedimientos previstos en el artículo 32, apartados 3 y 4, de la Directiva 2004/18.

- 47 Sin embargo, aunque el tribunal remitente parta de la hipótesis de que sean aplicables los principios generales de transparencia e igualdad de trato derivados de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, no ha apreciado los aspectos necesarios para que el Tribunal de Justicia pueda verificar si en el asunto principal existe un interés transfronterizo cierto. Pues bien, según resulta del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, este Tribunal debe poder hallar en una petición de decisión prejudicial una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones, así como de la relación que existe, en particular, entre tales datos y las cuestiones. Por consiguiente, la apreciación de los aspectos necesarios que permitan verificar la existencia de un interés transfronterizo cierto, así como, en general, el conjunto de comprobaciones que incumbe realizar a los tribunales nacionales y de las que depende la aplicabilidad de un acto de Derecho derivado o del Derecho primario de la Unión, deberían efectuarse con carácter previo a la remisión al Tribunal de Justicia (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 47).
- 48 En razón del espíritu de cooperación que preside las relaciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial, la falta de tales apreciaciones previas por el tribunal remitente, acerca de la existencia de un eventual interés transfronterizo cierto, no da lugar a la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial si, a pesar de dichas carencias, el Tribunal de Justicia, atendiendo a los datos obrantes en los autos, considera que está en condiciones de proporcionar una respuesta útil al tribunal remitente. Así sucede, en particular, cuando la resolución de remisión contiene suficientes datos pertinentes para la apreciación de la posible existencia de tal interés. No obstante, la respuesta que proporciona el Tribunal de Justicia está condicionada a que el tribunal remitente pueda apreciar, sobre la base de una valoración detallada de todos los aspectos pertinentes del asunto principal, la existencia de un interés transfronterizo cierto en dicho asunto (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 48 y jurisprudencia citada).
- 49 Con esa reserva, se ha de considerar que los principios generales de transparencia e igualdad de trato derivados de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE pueden ser aplicables en principio a los conciertos objeto del asunto principal, y si hubiera lugar a ello al acuerdo marco que los regula.
- 50 En consecuencia, es preciso declarar admisible la petición de decisión prejudicial.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 51 Con su primera cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta en sustancia si las reglas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que permite a las autoridades locales atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, que sólo perciben por la prestación de esos servicios el reembolso de los gastos efectivamente soportados para prestarlos.
- 52 Conviene recordar de entrada que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada).
- 53 Siendo así, la respuesta a la cuestión planteada difiere según que la Directiva 2004/18 sea plenamente aplicable o que por el contrario deban considerarse los principios generales de transparencia e igualdad de trato derivados de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE.
- 54 En el primer caso se ha de estimar que la Directiva 2004/18 se opone a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que permite que las autoridades locales atribuyan la prestación de los servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 44).
- 55 En el segundo caso, hay que recordar que el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, en lo que atañe en particular a los contratos públicos de servicios, se propone garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada y lo más amplia posible en todos los Estados miembros, y se ha de constatar que la aplicación de una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal conduce a un resultado contrario a esos objetivos, porque excluye de los contratos referidos a las entidades de finalidad ajena al voluntariado (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartados 51 y 52).
- 56 Pues bien, la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro del poder adjudicador de ese contrato constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, establecidas en otro Estado miembro. Salvo que estuviera justificada por circunstancias objetivas, esa diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, perjudicaría principalmente a éstas, constituye una discriminación indirecta por la

nacionalidad, prohibida por los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 52 y jurisprudencia citada).

- 57 No obstante, de un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones consideradas, integradas en el contexto de servicio sanitario nacional, las apreciaciones del tribunal remitente sobre el efecto presupuestario positivo de conciertos como el discutido en el litigio principal y, por su esencia, la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de esos conciertos, se deduce que el recurso a esas asociaciones para la organización del servicio de transporte sanitario puede estar motivado por los principios de universalidad y de solidaridad, así como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que ese servicio de interés general sea prestado en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general.
- 58 Pues bien, el Derecho de la Unión toma en consideración esos objetivos.
- 59 En ese sentido es preciso recordar, en primer término, que el Derecho de la Unión no afecta a la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad social (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 55 y jurisprudencia citada).
- 60 Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 56 y jurisprudencia citada).
- 61 Por otra parte, no sólo un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que además el objetivo de mantener por razones de salud pública un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en una de las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Entran en ese ámbito las medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, deriven de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5

«Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 57 y jurisprudencia citada).

- 62 En segundo lugar, un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).
- 63 Sin embargo, un sistema de organización del servicio de transporte sanitario como el que es objeto en el litigio principal, que permite a las autoridades competentes recurrir a asociaciones de voluntariado, debe contribuir efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 60).
- 64 En ese sentido, se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos de los mencionados en el apartado anterior de la presente sentencia, que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros. Por otra parte, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 61).
- 65 En virtud del principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho, la aplicación de esa normativa no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 62).
- 66 En el supuesto al que se refiere el apartado 55 de esta sentencia, corresponde al tribunal remitente realizar todas las apreciaciones necesarias para comprobar si el concierto y en su caso el acuerdo marco objeto del litigio principal, según los

regula la legislació aplicable, contribueixen realment a la finalitat social y a la prosecució de objectius de solidaritat y de eficiència presupostaria.

- 67 Por todas las anteriores consideraciones se ha de responder a la primera cuestión que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que permite a las autoridades locales atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 68 Con su segunda cuestión prejudicial, basada en la hipótesis de que la Directiva 2004/18 no fuera aplicable a un concierto como el discutido en el litigio principal, el tribunal remitente pregunta en sustancia si, cuando un Estado miembro permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, con observancia de las condiciones impuestas en ese sentido por el Derecho de la Unión, una autoridad pública que se propone concluir conciertos con esas asociaciones está obligada a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones con el fin de evitar posibles costes superfluos.
- 69 En ese sentido hay que observar que, conforme al fallo de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440) así como al apartado 67 de la presente sentencia, cuando concurren todas las condiciones que a la luz del Derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a éstas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad.
- 70 La falta de exigencia de publicidad implica que las autoridades públicas que recurren en esas condiciones a asociaciones de voluntariado no están obligadas en virtud del Derecho de la Unión a realizar una comparación entre los organismos de voluntariado.
- 71 No obstante, es preciso recordar que, como se puso de relieve en el apartado 60 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), así como en el apartado 63 de la presente sentencia, la licitud del recurso a asociaciones de voluntariado está sujeta en especial a la condición de que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria. Por tanto, las modalidades de puesta en práctica de ese medio de actuación, según las establezcan los conciertos concluidos con esas asociaciones y en su caso un posible acuerdo marco, también deben contribuir al logro de ese objetivo. Además, como se manifestó en el apartado 62 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440) así como en el apartado 65 de la presente sentencia, el principio general del Derecho de la

Unión de prohibición del abuso de Derecho se aplica al reembolso de los gastos soportados por las asociaciones de voluntariado.

- 72 Por tanto, se ha de responder a la segunda cuestión que, cuando un Estado miembro permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, una autoridad pública que se propone concluir conciertos con esas asociaciones no está obligada en virtud del Derecho de la Unión a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

- 73 Con su tercera cuestión prejudicial, basada en la hipótesis de que la Directiva 2004/18 no fuera aplicable a un concierto como el discutido en el litigio principal, el tribunal remitente pregunta en sustancia si, cuando un Estado miembro, que permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, con observancia de las condiciones impuestas en ese sentido por el Derecho de la Unión, autoriza a esas asociaciones a ejercer ciertas actividades económicas, ese Estado miembro debe establecer para ello límites precisos, expresados en un porcentaje de las actividades o de los recursos de esas asociaciones.
- 74 A título previo, del apartado 48 de la sentencia CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), se deduce que el principio mismo del ejercicio por un organismo sin ánimo de lucro de una actividad en el mercado es una cuestión que corresponde a la competencia del legislador nacional.
- 75 Además, conforme al apartado 61 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440) así como al apartado 64 de la presente sentencia, la actividad de las asociaciones de voluntariado debe respetar estrictamente los requisitos establecidos por la normativa nacional que les es aplicable. De esa forma, el Tribunal de Justicia apreció que, dentro de los límites enunciados en esa sentencia, la regulación de las actividades de esas asociaciones corresponde a la competencia de los Estados miembros.
- 76 En consecuencia, incumbe al legislador nacional que, a la vez que permite a las autoridades públicas recurrir a las asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, haya admitido la posibilidad de que esas asociaciones desarrollen una actividad comercial en el mercado, decidir si es preferible enmarcar ésta con un límite cuantitativo, o bien definirla de otra manera.
- 77 La observancia de los límites fijados en los apartados 60 a 62 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), recordados en los apartados 63 a 65 de la presente sentencia, implica no obstante, fundamentalmente, el respeto de la naturaleza misma de esas asociaciones de voluntariado.

- 78 De ello se sigue que toda actividad comercial ejercida por esas asociaciones en el mercado debe ser marginal y apoyar la prosecución de su actividad de voluntariado.
- 79 Por consiguiente, se ha de responder a la tercera cuestión que cuando un Estado miembro, que permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, autoriza a esas asociaciones a ejercer ciertas actividades comerciales, corresponde a ese Estado miembro establecer los límites dentro de los que pueden desarrollarse esas actividades. Estos límites deben asegurar no obstante que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

Costas

- 80 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

- 1) **Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que permite a las autoridades locales atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.**
- 2) **Cuando un Estado miembro permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, una autoridad pública que se propone concluir conciertos con esas asociaciones no está obligada en virtud del Derecho de la Unión a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones.**
- 3) **Cuando un Estado miembro, que permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, autoriza a esas asociaciones a ejercer ciertas actividades comerciales, corresponde a ese Estado miembro establecer los límites dentro de los que pueden desarrollarse esas actividades. Estos límites deben asegurar no obstante que esas**



actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

Firmas

FDE

8.2. Annexos documentals

8.2.1. Departament de Treball, Afers Socials i Famílies: El concert social previst en el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública

FIDE

El concert social previst en el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública

24 d'octubre de 2016

El concert social

Antecedents (1)

- ☐ En l'actualitat el Dep. de Treball, Afers Socials i Famílies, per proveir-se de places o serveis de la Cartera de serveis socials, utilitza diverses fórmules, en especial la figura del concert prevista en el TRLCSP.
- ☐ Llevat del cas de la concertació de 2.500 noves places de RGG finançades pel Fons Especial per a la dependència (Pla "Zapatero"), que van adjudicar-se en procediment obert, per a l'adjudicació dels concerts s'utilitza, el procediment negociat.

El concert social

Antecedents (2)

□ La utilització del procediment negociat previst a l'art. 172.a) del TRLCSP, per a l'adjudicació dels concerts obeeix a la impossibilitat de promoure la concurrència si es volen preservar els principis bàsics que inspiren la provisió de serveis socials. Es tracta dels principis d'atenció personalitzada integral; d'arrelament de la persona a l'entorn d'atenció social; d'elecció per part de la persona/família; i de continuïtat en l'atenció i la qualitat.

□ La utilització d'aquest procediment, ha estat estigmatitzada per la seva manca de publicitat.

 Generalitat de Catalunya
Departament de Treball, Afers Socials
i Famílies

3

El concert social

Una oportunitat : L'aprovació de les Directives Europees

□ Directiva 2014/23/UE del Parlament europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió .

□ Directiva 2014/24/UE del Parlament europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública.

 Generalitat de Catalunya
Departament de Treball, Afers Socials
i Famílies

4

El concert social

La Directiva 2014/23/UE relativa a l'adjudicació de contractes de concessió

□ En la seva exposició de motius s'al·ludeix al caràcter “*delicat*” d'aquests serveis d'atenció a les persones (sanitaris, socials i educatius) i a “*l'amplia discrecionalitat*” de què han de disposar els estats membres per a seleccionar als prestadors dels serveis de la manera que considerin més adequada.

El concert social

La Directiva 2014/24/UE sobre contractació pública

□ L'exposició de motius preveu que : “*atenent la importància del context cultural i el caràcter delicat dels serveis d'atenció a les persones (sanitaris, socials i educatius), ha d'oferir-se als Estats membres un ampli marge de maniobra per organitzar l'elecció dels proveïdors dels serveis de la manera que considerin més oportuna i, per això, les normes de la Directiva tenen en compte aquest imperatiu en imposar solament l'observança dels principis fonamentals de transparència i igualtat de tracte i en assegurar que els poders adjudicadors puguin aplicar, per a l'elecció dels proveïdors d'aquests serveis públics essencials, criteris de qualitat específics*”.



El concert social

La Directiva 2014/24/UE sobre contractació pública

☐ Recull en la Consideració 114, que:

“Els Estats membres i els poders públics segueixen tenint llibertat per a prestar per si mateixos o organitzar els serveis socials de manera que no sigui necessari formalitzar contractes públics, per exemple mitjançant el simple finançament d'aquests serveis o la concessió de llicències o autoritzacions a tots els operadors econòmics que compleixin les condicions fixades prèviament pel poder adjudicador, sense límits ni quotes, empre que aquest sistema garanteixi una publicitat suficient i s'ajusti als principis de transparència i no discriminació”.

El concert social

El concepte

☐ NO és un contracte, NO és una subvenció, NO és un conveni.

☐ El concert social es una fórmula no contractual de provisió de serveis socials que recull el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública.

☐ D'acord amb la Directiva 2014/24/UE (consideracions 4 i 114), tindria un règim de “llicència”, “autorització”



El concert social

El concepte

☐ La Llei de Serveis socials de Catalunya (LSS) recull altres fórmules de provisió de serveis socials inclosos en la Cartera de serveis socials.

☐ Correspon a les administracions, a l'hora d'organitzar la provisió de serveis socials, decidir respecte a la utilització del concert social o altres fórmules previstes a la LSS.

El concert social

El concepte:

☐ En el “Concert social”:

- No hi ha selecció en concurrència competitiva
- Es fa amb publicitat, transparència i no discriminació.
- Admet entitats sense ànim de lucre i entitats mercantils
- Es basa en l'elecció de l'usuari



El concert social

El concepte:

□ Segons la Disp. Addicional 3^a del Decret Llei 3/2016, de 31 de maig de mesures urgents en matèria de contractació pública, el Concert social :

- **Consisteix en la “*prestació de serveis socials de la xarxa de serveis socials d’atenció pública a través de tercers titulars dels serveis i establiments en els quals es prestin amb finançament, accés i control públics*”.**

El concert social

Principis que regeixen els concerts socials:

- A l'hora d'establir concerts socials s'han d'atendre els principis següents:
 - **Atenció personalitzada i integral**
 - **Arrelament de la persona a l'entorn d'atenció social**
 - **Elecció de la persona**
 - **Continuïtat en l'atenció i la qualitat**



El concert social

Règim jurídic:

- És una fórmula no contractual de gestió serveis socials regulats per la Llei 12/2007, d'11 d'octubre de serveis socials, que ha de respectar els principis de publicitat, lliure concurrència, igualtat i no discriminació.
- Es fonamenta en un sistema de convocatòria i sol·licitud.

El concert social

Principis que regeixen els concerts socials:

- i per això es podran establir com a requisits, clàusules, mesures de preferència o mesures de discriminació positiva, criteris socials, de qualitat, d'experiència i trajectòria acreditada, i altres que es determinin reglamentàriament.



El concert social

Elements clau de la concertació social

1. **ACCÉS.** Possibilitat de reconèixer l'experiència de les entitats i de l'atenció al col·lectiu al que va adreçat el concert.
2. **ADJUDICACIÓ.** Els projectes no es seleccionen en concurrència competitiva. Totes les entitats sol·licitants de concert que reuneixin els requisits fixats per l'Administració poden accedir-hi.

El concert social

Elements clau de la concertació social

3. **ASSIGNACIÓ DE PLACES:** S'adjudiquen les places per arrelament de la persona usuària, es a dir primer s'atenen les places ocupades i si hi ha més crèdit s'adjudiquen més places en funció de la demanda acreditada per les llistes d'espera (Repartiment proporcional o preferència si es tracta d'entitats sense ànim de lucre).



El concert social

Elements clau de la concertació social

4. RENOVACIÓ del concert social:

- Durada inicial 4 anys o la que s'estableixi en el Reglament.
- Renovació quasi automàtica si
 - L'entitat ho sol·licita
 - Es mantenen els requisits requerits per al concert.

El concert social

Elements clau de la concertació social

5. REVISIÓ dels concerts socials (si ho estableix el Reglament):

- Els plecs i els preus es poden revisar d'ofici o a instància d'un grup d'entitats que representin la majoria de places o serveis concertats. En tot cas, abans d'una revisió de les condicions tècniques i econòmiques caldrà audiència prèvia a les parts interessades.
- Freqüència mínima de les revisions: 1 any



El concert social

Elements clau de la concertació social

6. AMPLIACIÓ / MODIFICACIÓ dels concerts:

- Atenent la disponibilitat pressupostària, anyalment es podran incrementar el nombre de places concertades, durant la vigència del concert, sempre que hi hagi demanda a la llista d'espera per a un determinat servei o prestació objecte de concert.
- Si en un centre hi ha places sense ocupar i no hi ha demanda a la llista d'espera, es podrà reduir el nombre de places de concert.

El concert social

Elements clau de la concertació social

7. PAGAMENT dels serveis pels usuaris:

- Les entitats concertades no poden exigir a les persones usuàries cap contraprestació econòmica, fora del marc legal aplicable, per les prestacions bàsiques dels serveis concertats.
- Si que es permeten pagaments per serveis o prestacions complementaris d'accés voluntari



El concert social

Accés a la concertació social

Les entitats hauran de:

- **Comptar amb l'acreditació administrativa** dels seus centres i serveis, **figurar inscrites en el RESES** i complir altres requisits que s'establiran en el corresponent reglament.
- **Acreditat disposar de mitjans i recursos suficients** per garantir el compliment de les condicions establertes per a cada servei, i **complir la normativa general o específica aplicable** (tant pel que fa a la naturalesa jurídica de l'entitat com pel tipus de servei objecte de concertació).
- **Acreditat la titularitat del centre o la seva disponibilitat** per qualsevol títol jurídic vàlid per un període no inferior a la durada del concert (quan es tracti de concertar places).

El concert social

Accés a la concertació social

En el cas d'anàlogues condicions d'eficàcia, qualitat i rendibilitat social es prioritzarà la concertació amb entitats sense ànim de lucre.



El concert social

Durada i vigència

- ☐ El concert social es podrà establir sobre una base pluriennal, sens perjudici que es puguin establir aspectes concrets que hagin de ser objecte de revisió i, si escau, de modificació abans de finalitzar la seva vigència.
- ☐ La vigència màxima del concert social i les condicions de la renovació dels concerts s'establiran en el reglament.
- ☐ Una vegada conclosa la vigència del concert, per la causa que sigui, les Adm. públiques hauran de garantir que els drets de les persones usuàries de les prestacions concertades no es vegin perjudicats per la seva finalització

El concert social

Formalització

- ☐ Els concerts socials es formalitzaran en document administratiu.
- ☐ Es podrà subscriure un únic concert per a la reserva i l'ocupació de places en diversos centres o per a la gestió integral d'una pluralitat de prestacions o serveis quan tots ells depenguin d'una mateixa entitat titular.

El concert social

Aspectes a desenvolupar reglamentàriament:

- ☐ El sistema de tramitació de sol·licituds.
- ☐ La vigència o la durada màxima
- ☐ Les causes d'extinció
- ☐ Les obligacions de les entitats concertades i de les administracions públiques concertants.
- ☐ La submissió al dret administratiu
- ☐ El nombre de places concertades
- ☐ i altres condicions que en tot cas hauran de respectar els principis de publicitat, concurrència, igualtat i no discriminació.

El concert social

MOLT IMPORTANT (Disp. Transitòria Segona)

- ☐ Atesos els principis d'atenció personalitzada i integral, arrelament de la persona a l'entorn d'atenció social, elecció de la persona i continuïtat en l'atenció i la qualitat, els concerts socials establiran fórmules que garanteixin la continuïtat en la prestació d'aquests serveis per part de les entitats que els prestaven a les persones usuàries.
- ☐ Mentre no s'aprovi la normativa de desplegament, per tal de garantir la continuïtat dels actuals contractes, convenis i autoritzacions per a la gestió de serveis socials, els òrgans competents podran utilitzar fórmules com la pròrroga, l'ampliació de terminis o qualsevol fórmula que permeti la legislació vigent, sempre que es justifiqui a l'expedient.



El concert social

Moltes gràcies !

27



Generalitat de Catalunya
**Departament de Treball, Afers Socials
i Famílies**

<http://treballiaferssocials.gencat.cat/>